غ

٢١

١٩٩
ط
٢١

ابن محمد بن علي الرازي
الانصاري الحنفي

السابع
الجزء الرابع من الغاية في شرح الهداية

لقاضي القضاه شمس الدين السروجي الحنفي

رحمه الله تعالى

ملكه الفقير الى الغني المنان
سعدي علي ابن امير خان
عفي عنه

ثم دخل في نوبة العبد الفقير [illegible]

وقف المرحوم قاضي زاده محمد افندي ب[illegible] جامع شهزاده

ملكه الفقير الى رحمة الله
عبد الله بن ابا قرجاكن بن عبد الله
عفي عنهم

Süleymaniye U. Kütüphanesi
Kısmı Kadızade Mehmet
Yeni kayıt no 199
Eski kayıt no

PPI

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

باب الظهار

في الصحاح والمغرب يقال ظاهر من امراته وتظاهر واظّهر واظاهر وتظهّر تظهيرا كل ذلك اذا قال لامرأته انت علي كظهر امي والظهر في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وظاهره اذا عانه وظاهر بين ثوبين ودرعين اذا لبس احدهما فوق الاخر وقد تقدم في الحج وانما عدي بمن وان كان ظاهر متعديا مثل كارمت زيدا لانهم كانوا اذا ظاهروا المراه اجتنبوها وتباعدوا منها كما في الايلا وبمعناه في احكام ابن شداد وفي المحيط والمنافع الظهار في اللغة مقابله الظهر بالظهر والرجل والمراه اذا كان بينهما شحنا يدبر كل واحد منهما ظهره الى الاخر وفي مبسوط الطوسي الامامي سمي ظهارا اشتقاقا من الظهر وخص به دون البطن والفرج والفخذ لان كل بهيمه تركب ظهرها فلما كانت الزوجه تركب وتغشى شبهت بذلك والمعنى ركوبك على محرم كركوب امي ظهارا وفي جامع الاصول اصله انهم ارادوا انت علي كبطن امي يعني كجماعها فكنوا عن البطن بالظهر لانه عمود البطن وللمجاوره وقيل ان اتيان المراة من ظهرها كان محرما عندهم فقصد المطلق التغليظ في تحريم امراته فيشبهها بالظهر ثم لم يقتنع بذلك حتى يجعلها كظهر امه وفي المغني كل مركوب ظهر يقال فلان له ظهر اذا كان له مركوب تخصه لاجل الركوب على ظهرها في الغالب

فشبهوا الزوجة بذلك قوله اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره والمراد مسها بشهوه وتقبيلها بشهوه ذكره في الكشاف والنظر الى ظهرها وبطنها وكذا في الروضه والعيون وفي المحيط والخزانه قوله انت مني كظهر امي وعندي كظهر امي ومعي كظهر امي او انا منك مظاهر او ظاهرت كلها صريح في الظهار والاصل فيه قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الذين يظهرون منكم من نسايهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وان الله لعفو غفور والذين يظهرون من نسايهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا الايه والزور الكذب وقال تعالى وما جعل ازواجكم اللائي تظهرون منهن امهاتكم فان قلت فقد قال الله تعالى وازواجه امهاتهم وقال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فكيف الجمع بينهما وبين قوله تعالى ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم قلت عنه جوابان احدهما ان القران كله كشي واحد يروى ذلك عن علي رضي الله عنه كانه قيل ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وامهات الرضاعه والجواب الثاني ان ازواجه عليه السلام وامهات الرضاع امهات حكميه والوالدات امهات حقيقيه فلا منافاه

بينهما عن خولة وبروى خويلة بنت ملك بن ثعلبة قالت ظاهر
مني زوجي اوس بن الصامت بن قيس فجئت رسول الله صلى الله
عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتقي الله
فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القران قد سمع الله قول التي تجادلك
في زوجها الى الفرض فقال عليه السلام يعتق رقبة قلت لا
يجد قال فيصوم شهرين متتابعين فقلت يا رسول الله شيخ كبير
ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت ما عنده من شي
يتصدق به قال عليه السلام فاني ساغنيه بعرق من تمر قلت يا رسول الله
فاني اعينه بعرق آخر قال احسنتي اذهبي فاطعمي بها عنه ستين مسكينا
وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه ابو داود
واحمد بن حنبل والعرق بفتح العين والرا المهملتين مكتل يسع ثلثين صاعا
قال ابو داود وهذا اصح وعن عطا عن اوس ان النبي عليه السلام
اعطاه خمسة عشر صاعا من شعير اطعام ستين مسكينا قال ابو داود
هذا مرسل لم يدرك عطا اوسا قلت هو منقطع وعن عايشة
رضي الله عنها انها قالت الحمد لله الذي وسع سمعه الاصوات لقد
جات خولة الى رسول الله تشكو زوجها وكان يخفى علي كلامها فانزل
الله عز وجل قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله
والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير الايات رواه النسائي وهذا
لفظه وابن ماجة ورواه البخاري تعليقا وفي رواية ابن ماجه وهي
تشتكي زوجها الى رسول الله وتقول يا رسول الله اكل شبابي ونثرت
له بطني حتى اذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم اني اشكو اليك

فما برحت حتى نزل جبرئيل بهاؤلا الايات وفي سنن ابي [illegible] ان خولة
بنت ثعلبة كانت تحت اوس بن الصامت فظاهر منها وكان به لمم فجات
رسول الله وقالت والذي بعثك بالحق ما جئتك الا رحمة له قال في
منافع الحديث وهو مرسل قال الخطابي لم ترد باللمم الجنون
وانما ارادت هو كثير الالمام بالنسا والشغف بهن وفي الكشاف
وكان به جنة ولمم وفي جامع الاصول اللمم طرف من الجنون وقولها
ونثرت له بطني اي ولدت له اولادا والظهار كان طلاقا في الجاهلية
فقرر الشرع اصله اي اعتبره ولم يلغه ونقل حكمه الى التحريم موقت
بالتكفير غير مزيل لعصمة النكاح وهذا مما لا اختلاف فيه بين العلما
والظهار حرام لانه منكر من القول وزور وكذب حقيقة وكذا
حكما لان الام الحكمية انما تثبت بالشرع لا بقوله فجوزي
على ذلك بتحريمها عليه وارتفاعه بالتكفير على ما ياتي عن قريب
وفي المنافع الظهار تشبيه المنكوحة بمحرمة على التابيد
وركنه قوله انت علي كظهر امي ونحوها وشرطه ان يكون المشبهة
منكوحة واهليته ان يكون المظاهر من اهل الكفارة وحكمه حرمة
الوطي الى غاية التكفير مع بقا ملك النكاح بمنزلة الحيض وفيه
اعلم ان الكفارة تجب بالظهار والعود لان الظهار منكر وزور
فهو كبيرة محضة فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة لانها عبادة
او المغلب فيها معنى العبادة فلا يكون سببها محظورا محضا
فتعلق وجوبها بهما لتخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو
امساك بمعروف بعد الظهار ومثله في الينابيع والحواشي وفي المحيط

سبب وجوب الكفارة العزم على الوطي وشرطه الظهار ولابد
للكفارة من الذنب ويتحقق بالظهار كسبب وجوب الطهارة
هو العزم على الصلاه وشرطه الحدث قلت اذا كان
للحكم سبب وشرط يتكرر الحكم بتكرر سببه دون تكرر شرطه
وهنا الامر بالعكس فان الكفارة تتكرر بتكرر الظهار دون تكرر
العزم على الوطي وهذا مشكل على قول صاحب المحيط وليس الظهار
في الشرطيه كالحدث فان وجوب الطهاره لا يتكرر بتكرر
الحدث قال وحكمه انه لا يحل له وطيها بنكاح ولا بملك
يمين ولا بعد زوج اخر حتى يكفر لان حرمته موبدة لا ترتفع
الا بالتكفير وفي المبسوط لكن بمجرد العزم على الوطي لا يتقرر
الكفاره عندنا حتى لو ابانها بعد هذا او ماتت او مات لا
يجب الكفارة قلت وهذا دليل على ان الكفارة غير
واجبة عندنا لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت
بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه فلا بد من
الكفاره لرفع الحرمة حتى لو لم يرد ذلك ولم تطلب المراه بالوطي
لا يجب عليه الكفارة اصلا قال الشيخ ابو بكر الرازي
في احكام القران له يقال له ان اردت ان تستبيح وطيها الذي
حرمته على نفسك فلا تطاها حتى تكفر لا ان الكفاره واجبة بل
هي شرط رفع التحريم كقوله تعالى فاذا قرات القران فاستعذ
بالله من الشيطان الرجيم يعني فقدم الاستعاذة قبل القراه
وقد قلنا ان الظهار لا يوجب الكفارة وانما يوجب تحريما يرتفع

بالكفارة حتى لو لم يرد وطيها فلا كفارة عليه فان [illegible] او ماتت
فلا كفارة عليه اذ كان حكم الظهار ايجاب التحريم فقط موقتا باداء
الكفارة وفي الينابيع ان رضي ان تكون محرمة عليه ولا يعزم
على وطيها لم يجب عليه كفارة ولو عزم على وطيها ثم تركه لا يجب
عليه الكفاره وكذا لو مات احدهما وهو قول الثوري وفي
التبصرة المالكيه على القول ان العود للوطي تكون الكفارة تبيح
الوطي ولا تجب بمنزلة من اراد ان يصلي نفلا يقال له قدم
لها طهاره فان انثنى عزمه عن ذلك لم يجب عليه طهارة وكذا
المظاهر وجب عليه ان يقدم الكفارة كما تقدم المتنفل الطهارة
وفي المغني ان الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فاذا مات او ماتت
او فارقها فلا كفارة عليه هذا قول عطا والحسن والنخعي والاوزاعي
والثوري وقد ذكرناه وملك في الصحيح وابي عبيد وقال
طاوس ومجاهد والشعبي والزهري وقتاده وملك في قول يجب
بنفس الظهار واختلف اهل العلم في قوله تعالى ثم يعودون لما
قالوا ان العود ما هو فنقول فيه مذاهب تسعة المذهب
الاول مذهبنا ومن قال بقولنا وهو العزم على اباحة
الوطي الذي حرمه على نفسه واللام بمعنى الى وهو مذهب من
ذكرنا في مسئلة الكفارة والمذهب الثاني انه اذا اراد الوطي
واجمع عليه فقد تحققت العوده ووجبت بها الكفاره ولا تسقط
الكفارة وان ماتت او طلقها ذكره ملك في موطاه وحكى ابن رشد
في المقدمات قولا له وذكر ابن حزم انه رواية اشهب عنه والمذهب

الثالث ارادة الوطى مع استدامة العصمة فان اجمع
على الوطى دون استدامة العصمة لم تجب الكفارة وان استدام
عصمتها ولم يجمع على الوطى لم تجب الكفارة ولو كفر لا تجزيه
وهذا قول ملك في المدونه وعندنا تجزيه وفي شرح مختصر
الكرخي للقدوري لو بانت منه بالطلاق او تزوجت بغيره
وكفر صح التكفير والمذهب الرابع العود الوطى نفسه
رواه عبد الوهاب عن ملك قال ابو الوليد في المقدمات
فعلى هذا القول لا تجزيه التكفير قبل الوطى واذا اجمع على الوطى
واستدامة العصمه فله ان يطاها قبل الكفاره مرة فاذا وطيها
وجبت عليه الكفاره ان اراد الوطى ثانيه واستدامت العصمه
فان رجعت نيته عن الوطى او ماتت او طلقها سقطت الكفارة
ما لم يطاها ثانيه وجواز الوطى قبل التكفير مصادمه للقران
والمذهب الخامس العود ان يسكت عن طلاقها عقيب
الظهار في زمان يمكنه طلاقها ولم يطلقها وبه قال الشافعي
واصحابه وبعض الظاهريه والمذهب السادس ان
العود ان يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانيه ولا يجب عليه بالاول
شي ويحل له وطيها وهو قول داود الاصبهاني الظاهري
واصحابه ونصره ابن حزم وزيف بقيه المذاهب ويروى
ذلك عن بكير بن الاشج وابي العاليه والمذهب السابع
الكفارة تجب بنفس الظهار ولا اعتبار للعود وبه قال مجاهد
وغيره والمذهب الثامن العود هو الوطى نفسه لكن

يقدم الكفارة عليه قال ابن بطال وهو قول جمهورهم وبهذا
المذهب يخالف المذهب الرابع في ان التكفير فيه قبل الوطى
وفي الرابع لا تجزيه قبل الوطى والمذهب التاسع
ذكر ابو الوليد في المقدمات عن ابن قتيبه ان العوده هي
العوده في الاسلام لا نفس القول بالظهار الذي كانوا يظاهرون
به في الجاهليه ويعدونه طلاقا وذكر ابن شداد
انه العود الى عادتهم في الجاهليه في تعاطي الظهار وهو قول
الموري وفي احكام القران للرازي قوله ما اراك الا قد
حرمت عليه يحتمل ان يريد حرمة الطلاق ويكون هذا الحكم
ثابتا قبل نزول ايه الظهار ولا يكون ذلك من حكم الجاهليه
لانه عليه السلام لا يعمل بحكم الجاهليه الا بنص جا مقررا له
وقوله ما اراك الا قد حرمت عليه اي ما اظن فلم يكن ذلك
جزما بالحرمة فلا نسخ حينيذ لذلك في الايه وفي الحاوي
للماوردي قيل عمل بذلك في صدر الاسلام ثم نسخ وقيل
لم يعمل به قال ابن حزم في المحلى قالت طايفه ان العود
هنا ارادة الوطى ولا تلزمه كفارة حتى يريد وطيها فحينيذ
تلزمه فان امتنع عن وطيها سقطت الكفارة وهكذا ابدا
وهو اشهر قولي مالك وروي عن عبد العزيز الماجشون وما
نعلم احدا قال بقولها وهما اسقط الاقوال وقالت طايفه
ان الظهار يوجب تحريما لا يرفعه الا الكفاره ولو لم يطاها حتى
ماتت فلا كفارة عليه وسوا اراد في خلال ذلك وطيها او لم

يرد فان [illegible]ها ثلثا فلا كفارة عليه فان عاد وتزوجها عاد
حكم الظهار ولا يطاها حتى يكفر وهذا قول ابى حنيفة
قال والظهار قول كانوا يقولونه فى الجاهلية فنهوا
عنه فكل من قال ذلك فقد عاد لما قال هذا قريب فى الفساد
من قول ملك لانه حكم بالباطل ولعب وكذب ظاهر لان
الذين قالوا ذلك فى الاسلام لم يقولوه فى الجاهلية قط
وذكر هذين القولين يغنى عن الرد لظهور فسادهما ولانهما شرع
مالم ياذن به الله وانهما لا يحفظان قبل ابى حنيفة وملك قال
فلم يبق الا قولنا وهو ان يقول انت على كظهر امى مرتين ولا
يكون العود للقول الا بالتكرير ولا يعقل فى اللغة غير هذا
وبهذا جاءت السنة قال كما روينا عن ام المومنين عايشه
ان جميله امراة اوس بن الصامت وكان به لمم فكان اذا اشتد
به لممه ظاهر فانزل الله كفارة الظهار قال وهذا يقتضى
التكرار ولا بد ولا يصح فى الظهار الا هذا الخبر وكل ما عداه
فساقط او مرسل واما من روايه من لا خير فيه قلت
انظر الى السفيه الجاهل المختل كيف نسب قول الامامين
الجليلين اللذين هما ثلثا الاسلام الى البطلان واللعب والكذب
الظاهر والتحكم فى الدين بما لم ياذن به الله ولا يضر السحاب
نباح الكلاب واطباق الامه على تقليدهما ولم يلتفتوا الى
الظاهريه ولا عدوا خلافهم قادحا فى الاجماع وفساد قول
الظاهريه غير خفى وانكره البخارى وقال فى العربيه لما قالوا اى

فيما قالوا وفى بعض ما قالوا روايه المستملى وفى [illegible] ما قالوا
روايه ابى الهيثم وهذا اولى لان الله تعالى لم يدل على المنكر وقول
الزور وقال الصفاقسى فى شرح البخارى لما قالوا اى
فيما قالوا وفى نقض ما قالوا كذا عند ابى ذر وهو بين وعند الشيخ
ابى الحسن بعض بالعين وفى تفسير المهدوى يعودون لما كانوا عليه
من الجماع فتحرير رقبة لاجل ما قالوا وقال الزجاج ثم يعودون
لاراده الجماع من اجل ما قالوا وقال الفرا اللام بمعنى عن
اى يرجعون عن ما قالوا فيريدون الوطى كقوله عليه السلام العايد
فى هبته كالعايد فى قيئه اى الراجع فيها فالعود الرجوع عن ذلك
لان الظهار تحريم فاذا قصد رفعه فقد عاد فى ذلك ورجع عنه
والعود فعل ضد قوله الاول ومنه العايد فى عدته وهو
التارك لما وعد والعايد فيما نهى عنه هو فاعل المنهى عنه قال الله
تعالى ثم يعودون لما نهوا عنه والمظاهر محرم للوطى على نفسه ومانع
لها منه والعود فعله لا تكرير القول وقال ابو البقا لما قالوا
للمقول فيه والعود العزم لا تكرير القول هنا وقال مكى قول
الظاهريه غلط وليس العود ان يعود الى ما قال ولا الى ما كان فيه
بدليل تسميتهم الاخرة معادا ولم يكن فيها احد فيعود اليها وقال
قتاده ثم يعودون لما قالوا من التحريم فيحلونه وكذا قال مجاهد
والفرا وهولاء اهل اللغه والعربيه فقد قالوا خلاف قوله
وكذبوه فيما قال انه لا يعقل فى اللغه غير هذا الذى هو تكرير
القول وقيل المعنى ثم يعودون لقولهم وهو بمعنى المقول اى لوطى المقول

فيها الظهار كنسج اليمن وقيل لامساك المعول فيها الظهار واللام
على الاول متعلقة بتحرير رقبة وهو قول الاخفش وعلى الثاني بيعودون
ولان التحريم لما كان ردا لقول جعل التحريم قولا لانه سببه وفي الكشاف
ثم يعودون لما قالوا يعني والذين كانت عادتهم ان يقولوا هذا
القول المنكر فقطعوه بالاسلام ثم يعودون لمثله فكفارة من عاد
ان يحرر رقبة ثم يماس المظاهر منها ووجه اخر اي ثم
يتداركون ما قالوا لان المتدارك للامر عائد اليه ومنه المثل
عاد غيث على ما افسد اي تداركه بالاصلاح والمعنى ان تدارك هذا
القول وتلافيه بان يكفر حتى ترجع حالهما كما كانت قبل الظهار ووجه
ثالث وهو ان يراد بما قالوا ما حرموه على انفسهم بلفظ الظهار
تنزيلا للقول منزلة المقول فيه قال ونحوه ما ذكرنا في قوله تعالى
ونرثه ما يقول والذي يدل على بطلان قول الظاهرية ايضا ان الظهار
الاول اذا لم يوجب تحريما ولا كفارة فالثاني مثله فتخلو الاية عن التحريم
والكفارة وهو تعطيل للقران نعوذ بالله من ذلك وقال اسمعيل بن
اسحق القاضي المالكي لو كان المراد به ثم يلفظون بالظهار مرة اخرى
لما وقع بعده فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ومراده والله اعلم
اذا لم يوجبها اذا لم يوجبها الاول مع كونه منكرا من القول وزورا
لا يوجبها الثاني لانه اعادة لغير الموجب وقال ابو الوليد في
المقدمات قول الظاهرية ابين الاقوال في الفساد لبعده من النظر
وخلافه للاثر وفي حديث عكرمة عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان رجلا ظاهر من امراته ثم واقعها الحديث على ما ياتي

رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن
غريب صحيح قال المنذري رجاله ثقات وسماع بعضهم من بعض مشهور
وعكرمة احتج به البخاري في غير موضع وليس فيه تكرير لفظ الظهار
ولا في غيره فبطل قوله وليس في الظهار الا هذا الخبر وحده وكل ما
عداه فساقط الى اخره وحديثه الذي تعلق به انفرد به ابو داود
وهو من رواية محمد بن الفضل ابي النعمان السدوسي المعروف بعارم
قال ابن حبان اختلط في اخر عمره فكان لا يدري ما يحدث به فوقعت
المناكير الكثيرة في روايته فلا يحتج به الا بعد البيان وقال ابو بكر بن
العربي لم يصح في الظهار حديث مع ان مذهبه خلاف اجماع السلف ولم
يلتفت اليه وفي طريقه الاخرى اسمعيل بن موسى الفزاري وكان غاليا
في التشيع وقال ابن عدي قد احتمله الناس وقال النسائي هو
كوفي ليس به باس وقد ذكر ابو بكر بن العربي انه لا يصح وليس حديثه
مما يحكم بصحته مع ان قول الراوي وكان اذا اشتد به لممه ظاهر ليس
فيه ما يدل على انه لا يصير مظاهرا اذا قال انت علي كظهر امي حتى يقوله
مرتين وقال السرخسي قول داود ضعيف لان ذلك لو كان مرادا
لقال ثم يعيدون ما قالوا قلت حرف الجر في التعدية كالهمزة ولا فرق
ولهذا لم اجد احدا من المحققين ذكر هذا السوال على الظاهرية قال
ابو الوليد في المقدمات واما قول الشافعي انه متى ظاهر ولم يطلقها
متصلا بظهاره فقد وجبت عليه الكفارة لوجود العودة هو قول
فاسد يدل على فساده القران واللغة على ان اصحابه يدعون انه علم

اللغة ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وثم للتراخي عند جميع
اهل اللغة لا خلاف بينهم في ان الرجل اذا قال لقيت زيدا ثم عمرا ان
المفهوم من قوله لقا عمرو بعد لقا زيد بزمان متراخ والعصمة لم تنفصل
بالظهار فكيف يصح ان يقال ثم يكون كذا لما لم يزل كاينا هذا محال وقوله
خطا من وجه اخر وهو انه اوجب عليه الكفارة بتركه الطلاق فيكون
معنى قوله تعالى على مذهبه ثم يعودون يعني لم يطلقوا وثم يعودون
اثبات ولم يطلقوا نفي فلو صح ما قال لكان الايجاب نفيا والنفي ايجابا
وهو محال وقوله ايضا خطا من وجه ثالث وهو ان قوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا يوجب ان يحدث منهم شي لم يكن قبل والمظاهر لم يطلق في حال
الظهار ولا قبله فاذا ظاهر ولم يطلق بعد الظهار فهو كما كان قبل لم
يحدث منه شي بعد لا فعل ولا قول فمستحيل معنى قوله ثم يعودون
لان العايد انما يعود لشي قد كان فارقه والمظاهر لم يفارق زوجته
بالظهار وانما فارق المسيس فهو المعنى المقصود بالعودة اليه
انتهى كلام ابي الوليد مع الشافعي وقال ابو الحسن بن بطال في
شرح البخاري ويرد قول الشافعي في ان العود ترك طلاقها مع التمكن
منه ان الذي كان مباحا له بالعقد هو الوطي وقد حرمه عليه بالظهار
فكانت الكفارة لرفع ما حرمه بالظهار دون ما سواه لان النكاح انما
وضع له فقط ولما ثبت انه لا يجوز وطيها حتى يكفر علم انها انما شرعت
لرفع الحرمة الثابتة بالظهار لا لامساكه عن طلاقها اذ الامساك
عن طلاقها ليس بجناية وايجاب التكفير يشعر بالجناية ورفعها بالكفارة

ولان الظهار لو كان يحرم الامساك وكان العود اليه رجوعا لكان
طلاقا لان الامساك اذا حرم ارتفع العقد فكان طلاقا او فسخا لان
باحدهما يرتفع النكاح فاذا كان الظهار كذلك لا يدخله الكفارة
لان الفراق لا يرتفع بالكفارة وقد ثبت ان الكفارة ترفع الحرمة الحاصلة
بالظهار وتبيح الوطي وثبت العود الى رفع ما حرمه الظهار من
الوطي الا ترى انه لو حلف لا يطاها فقد حرم الوطي دون الامساك
فالظهار مثله قال الشيخ ابو بكر الرازي يبطل قول من قال
ان العود امساكها عقيب الظهار والبقا على النكاح من وجهين
احدهما ان الظهار لم يوجب تحريم العقد والامساك حتى يكون
العود امساكها والبقا على نكاحها والثاني ان ثم للتراخي ومن
جعل العود الامساك عن طلاقها عقيب الظهار فقد ترك حكم ثم
المقتضي للتراخي وذلك لا يجوز وقد ذكرنا هذا الوجه قبله ولان امساكها
لو كان عودا لوجبت الكفارة في الظهار الموقت واذا حرم وطيها قبل
التكفير حرم بدواعيه كما قلنا في الاعتكاف والاحرام على ما تقدم
تحقيقه وبه قال الزهري والاوزاعي والنخعي ومالك وابو عبيد
والشافعي في احد قوليه وابن حنبل في احدى الروايتين قال
ابن قدامة في المغني وقال الثوري واسحق وابو حنيفة لا يحرم ونقله
عن ابي حنيفة غلط بخلاف الحايض والصايم وقد تقدم فلا نعيده
قوله فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شي عليه
غير الكفارة الاولى يعني لا شي عليه غير ما يجب في قصد حلها للوطي
وهي التي يؤمر بها اذا اراد وطيها بعد هذا وهذا قول الجمهور منهم

مجاهد وطاوس وابن سيرين والحسن وجابر وابرهيم النخعي وسعيد بن
المسيب وابو مجلز وعبد الله بن اذينة وعطا والثوري وملك
واحمد واسحق وابو ثور وابو عبيد واختاره ابن المنذر وذهب
عمرو بن العاص وقبيصة بن ذويب وابن جبير والزهري وقتاده
الى وجوب كفارتين وعن الحسن البصري والنخعي يجب ثلث كفارات
ذكرها في المحلى لنا حديث ابن عباس ان رجلا اتى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقد ظاهر من امراته فوقع عليها فقال يا رسول الله
اني ظاهرت من امراتي فوقعت عليها قبل ان اكفر فقال ما حملك على
ذلك يرحمك الله قال رايت خلخالها في ضوء القمر قال فلا تقربها حتى
تفعل ما امرك رواه ابو داود والنساي وابن ماجه والترمذي وقال
حديث حسن غريب صحيح وقد تقدم ولم يوجب عليه كفارتين وعن
سلمه بن صخر البياضي من بني بياضه قال كنت امرءا اصيب من النسا
ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت ان اصيب من امراتي شيا
تتايع بي حتى اصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تخدمني
ذات ليلة اذ تكشف لي منها شي فلم البث ان نزوت عليها فلما اصبحت
خرجت الى قومي فاخبرتهم وقلت امشوا معي الى رسول الله قالوا لا والله
فانطلقت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال انت بذاك
يا سلمه قلت انا بذاك مرتين وانا صابر لامر الله فاحكم في ما اراك الله
قال حرر رقبه قلت والذي بعثك بالحق ما املك رقبه غيرها وضرب
صفحه رقبتي قال فصم شهرين متتابعين قلت وهل اصبت الا من الصيام قال
اطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا قلت والذي

بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق الى
صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر
وكل انت وعيالك بقيتها فرجعت الى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق
وسوء الراي ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة وحسن
الراي وقد امر لي بصدقتكم رواه ابو داود واحمد وابن ماجه والترمذي
مختصرا وقال حديث حسن ولهما سلمان بن صخر وسلمه بن صخر وعند احمد بن حنبل
لقد بتنا ليلتنا وحشى وما لنا عشا وفي لفظ لابي داود وبياضه من بني زريق وعنه
عليه السلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة رواه ابن ماجه والترمذي
وقال حديث حسن غريب وروي بتنا وحشين قال الخطابي معناه بتنا مقفرين
لا طعام لنا يقال رجل وحش اذا لم يكن له طعام وقد توحش للدواء اي احتمى له ذكره
الهروي وفي جامع الاصول اوحش الرجل جاع وتوحش خلا بطنه وبتنا ليلتنا
وحشى كانه قال جماعة وحشى والتايع التهافت واللجاج في الشي والسكران يتايع
اي يرمي بنفسه ولا يكون الا في الشر مسئلة يصح الظهار موقتا عندنا وهو
قول ابن عباس وعطا والثوري وابن حنبل واسحق وابي ثور واحد قولي الشافعي وفي قوله
الاخر لا يكون ظهارا وهو قول ابن ابي ليلى والليث لان الذي ورد في القران غير موقت
وقال ملك يتابد وقال طاوس وابن ابي ليلى عليه الكفارة وان بر لنا حديث سلمه بن صخر
انه ظاهر من زوجته بقية شهر رمضان ثم واقعها فيه وقد صحح النبي عليه السلام
ظهاره وامره بالكفارة وما يتابد على خلاف ما التزمه فلا يعتبر والالغا غير صحيح
مسئلة واذا مات في الظهار ورثه الباقي منهما لقيام النكاح في قول الجمهور وقال
قتادة ان ماتت لا يرثها حتى يكفر ولو ماتت لا يسقط الظهار وقال قتادة يسقط

فان نكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث له لا تعود
بالثلث وتعود بما دون الثلث مسئلة والرضاعة والصهرية كالام
عندنا وذلك مثل الاخوات والجدات والعمات والخالات وكذا من الرضاعة
والبنات وبنات البنات وبنات البنين وكل من كانت محرمة عليه على
التابيد وهو الضابط وهذا ما لا خلاف فيه عندنا وبه قال الحسن البصري
والشعبي والنخعي وجابر بن زيد وعطا والزهري والاوزاعي والثوري
وملك واحمد واسحق وابو عبيد وابو ثور وقال قتادة وداود ورواية
عن الشعبي وقول للشافعي رحمه الله تعالى انه لا يكون الا بالام ومنهم
من الحق الجدة بها وفي الحاوي للماوردي لو قال انت علي
كظهر اختي او عمتي او خالتي فهو مظاهر في الجديد وفي القديم لا وقال
الشعبي ان الله لم ينس البنات والعمات والخالات وانما الظهار من الام قال
الماوردي وبه قال ابو حنيفة رحمه الله لامرين احدهما ان حرمة الام اغلظ فلا يجوز
ان يساويها غيرها والثاني لو اراد الله سبحانه ذلك لنص على الادنى ليدخل
الاعلى بطريق الاولى ونقله عن ابي حنيفة غلط والجديد هو مذهب ابي حنيفة
رحمه الله واصحابه بلا خلاف واليه رجع الشافعي رحمه الله في الجديد
في ح قال ابن سيده في المحكم الظهار من كلام العرب هو بذوات المحارم ولا
يقيد في قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم والمعنى يعم المحارم كلها
لكونه منكرا من القول وزورا بخلاف الاجنبية لانه لا يفيد التحريم

الا في بعض الاوقات ولا خلاف في ان التشبيه بالامتعة والاموال
لا يصح كمتاع فلان وماله لانه قد يملكه وفي كظهر اختي من لبن الفحل
وكظهر امراته من الملاعنة لا يصير مظاهرا ذكره في جوامع الفقه وكذا
ظهر المجوسية وان شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه او بامراة زنى
هو بامها او بنتها فهو مظاهر عندهما خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم
بحل نكاحها ولو قبل امراة بشهوة او مسها بشهوة او نظر الى فرجها
بشهوة ثم شبه زوجته بامها او بنتها لا يصير مظاهرا عند
ابي حنيفة اذ حرمة الدواعي ليست منصوصا عليها بخلاف الوطي
وفي شرح القدوري لو زنى ابوه او ابنه بامراة فشبهها بامها او
ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها
له وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم بحلها عنده ذكره في
الكيساني ولو قال انت علي كظهر ابي او قريبي او كظهر اجنبي لم
يكن مظاهرا لحل مسه والنظر اليه واما اذا قال كفرج ابي او قريبي
قال في المحيط ينبغي ان يصير مظاهرا اذ فرج الرجل في الحرمة كفرج
امه قلت ان اراد بفرجه دبره فهو صحيح وان اراد به ذكره
فهو بعيد من معنى الظهار لان الاصل ركوبك علي كركوب امي ولا
يتاتى ذلك في الذكر ولو شبهها باخت امراته او عمتها او خالتها
او باجنبية كان لها زوج او لا لم يصر مظاهرا لعدم تابيد الحرمة
وعند ملك يصير مظاهرا وعن ابن حنبل روايتان وكذا في ظهر الاب
والاجنبي والبهيمة والدم روايتان عنه وقال ابن القسم بصحته
في ظهر الاب ومثله عن جابر بن زيد والجمهور على انه لا يصير مظاهرا

في ذلك كله ذكره في المغني وان شبهها بروحها او بشعرها او بسنها
او ظفرها فليس بمظاهر وان قال انت علي كبطن امي او كفرجها او كفخذها
او ركبتها فهو مظاهر وعند الظاهرية يختص بظهر الام دون بقيه
الاعضا والمحارم وان قال كراس امي او كعنقها او كعضدها او كيدها
او رجلها او انفها او اذنها لم يكن مظاهرا عندنا خلافا للايمه الثلثه
لان راس امه وبقيه اعضايها المذكوره يجوز له النظر اليها فلم يكن
محرمه عليه في حق النظر والمس بغير شهوه وهم جعلوا العله التلذذ
بذلك وهو باطل بالشعر والسن ولم يصر بذلك مظاهرا وفي الحاوي
لماوردي قال ابو حنيفه ما يحيى بعد فقدها لا يصير مظاهرا
بالتشبيه به وما لا يحيى بفقده يصير مظاهرا بالتشبيه به
والضابط الذي ذكر عن ابي حنيفه لم يعل به ونقله عنه غلط فان
بعد زوال الراس لا يحيى قطعا وقد ذكرنا انه لا يصير مظاهرا
وبقطع فخذها جاز ان يحيى ويصير به مظاهرا وانما المدرك فيها ما
ذكرته ويصح الظهار من الصغيره والرتقا والقرنا والحايض والنفسا
والكافره والامه الزوجه والمجنونه وغير المدخول بها لعموم من نسايهم
وزعم قوم انه لا ظهار قبل الدخول وحملوا العود على الوطي بعد الوطي
وقال ابو ثور لا ظهار من الرتقا والقرنا مسـئله لا يصح
ظهار الكافر عندنا وبه قال مالك وقال الشافعي وابن حنبل يصح
وهو روايه البرامكه عن ابي حنيفه والاول روايه الاصل لنا
قوله تعالى الذين يظهرون منكم الايه والكافر ليس منا ثم قال
يقولون منكرا من القول وزورا وشرك الكافر وجحد النبوه رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعظم من المنكر والزور بخلاف المسلم فاذا اقدم
على منكر وكذب ترتب عليه الكفاره لمحو اثرها ولا قابل لمحو
اثرها مع بقا الشرك وجحد النبوه ثم قال وان الله لعفو غفور
والكافر لا يتوجه عليه عفو ولا غفران ولا يتوجه اليه مثل هذا
الخطاب ومثل هذا التحريم انما ينتهي بالكفاره والكافر ليس من
اهلها ولا سيما عندهم فانه لا يملك رقبه مومنه والمراد بالايه
الثانيه هو المراد بالاولى والا كان ذكر الكافرين مستدركا وقوله
ليومنوا بالله ورسوله يمنع دخول الكافر في الايه اذ المومنون
مراد بها بالاجماع فلو دخل الكافر ايضا فيها لمزم الجمع بين الحقيقه
والمجاز لان المراد في حق المومنين ليدوموا على الايمان وفي حق
الكافرين ليدخلوا في الايمان ولا سيما الاولى مطلق والثانيه
مطلق ومن اصلكم حمل المطلق على المقيد فان زعموا ان الحكم مختلف
ونحن لا نحمل المطلق على المقيد في مسله قلنا لم يختلف حكمها بل
في الايه الثانيه بيان احكام المظاهر المتقدم وهو العود ووجوب
الكفاره وبرسمها ذلك اسدا بعموم اخر وقالوا الظهار كان
طلاقا في الجاهليه فنقل الى غيره فصح من المسلم والكافر كاصله كالا
قلنا لا يجوز نقل احكام الجاهليه فانها باطله بغير شرع وايلا
الكافر ممنوع على قولهما والفرق لابي حنيفه ان الايلا له حكمان
وجوب الكفاره بالحنث وهذا لا يمكن في حق الكافر ووقوع الطلاق
بالبر فصح باعتبار الثاني وهم يعتقدون حرمه اسم الله ويصونونه
من هتك حرمته ولا كذلك تحريم الظهار فانه ليس فيه طلاق ولا

تحريم يرتفع بالكفارة اذ لا كفارة على الكافر لانها عبادة او المغلب
فيها معنى العبادة ولهذا يشترط فيها النية فلم تشرع في حق الكافر
فبقي تحريما مؤبدا وهو خلاف النص قالوا الغي قيد الايمان في
المظاهر كما الغي في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المومنات
ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها
والكافرة كذلك عنه جوابان احدهما ان الالغا على خلاف الاصل
وقد عرف هناك الالغاء بالاجماع ولا اجماع هنا فلو الغينا هنا
ايضا يلزم تكثير مخالفة الاصل فلا يصار اليه والثاني ان العدة
انما وجبت بعد الدخول خوف اختلاط الانساب ولا اختلاط
قبل الدخول فلا موجب فيستوي فيه المسلم والكافر بخلاف الظهار
فانه على خلاف القياس وقد ورد في حق المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم
وقال الماوردي ينتقض بالمرتد فانه يصح منه الظهار ولا تجب عليه
الكفارة قلت نقله باطل لا يصح منه الظهار لان بالردة
تبين زوجته منه ولا يصح الظهار من المبانة وقال ابن قدامة
الكفارة عقوبة في حق الكافر عبادة في حق المومن قلنا لو
كانت عقوبة في حق الكافر لما افتقرت الى النية قال يصح من
الكافر كالنية في الكنايات قلنا هذا قياس بغير علة جامعة اذ
نية الكفارة لتقع عبادة ونية الكنايات لتخليص الطلاق عن غيره اذ
الكناية تحتمل الطلاق وغير الطلاق حتى لو وجدت قرينة ارادة
الطلاق يقع بغير نية عندنا وعند ابن حنبل ولان اشتراط
النية في الكنايات ليس لايقاعه عبادة بالاجماع لان الطلاق

لا يحتمل العبادة لانه ابغض المباحات فاعتبار النية في الكفارة
بالنية في كنايات الطلاق باطل وفي النهاية ان كان الذمي معسرا
قادرا على الصوم فالذي ذكره القاضي انه لا ينتقل الى الاطعام
ولا يصير الكفر عذرا في حقه فان اراد الخلاص فليسلم وليصم والا
استمر التحريم فيصير الظهار تحريما مؤبدا وهو خلاف القران كما
ذكرنا قبل هذا قال وهذا فيه نظر فالخطاب بالعبادة البدنية
لا يتوجه على الكافر الاصلي ويؤول في حقه الى الاعتاق والاطعام ويرد
عليه ان الاطعام بدل الصيام فلا يجوز تقدير البدل في حق من لا
يتحقق في حقه المبدل وهذا يوجب اسقاط الخطاب فان العاجز
لا يخاطب وحكمنا على الذمي ساكر حرمة الظهار عليه بعد وحمله
على الاسلام اكراه وفي الحاوي الحرمة ازلية وطارئة مثال
الثانية في الرضاع ان ترتضع صبية من امه بعد ولادته فتصير
اختا محرمة بعد ان لم تكن اختا ومثال المصاهرة الطارئة
ان يتزوج ابوه امراة بعد ولادته او تكون بنت امراته او ام زوجته
فتصير محرمة بالمصاهرة بعد ان لم تكن محرمة فلا يكون مظاهرا اذا
شبه زوجته باحدى هولاء وكذا لو شبهها بامراة لاعن منها لان
ذلك تحريم طرا بعد ان لم يكن ومثال الازلي في الرضاع ان
ترتضع صبية من امه قبل ولادته فلا يوجد الا والتحريم موجود
ومثاله في المصاهرة ان يتزوج ابوه امراة قبل ولادته ثم يولد
من غيرها فلا يوجد الا وتحريمها موجود وعندنا يثبت الظهار
في الكل كما يثبت حرمة الرضاع والمصاهرة في الكل ولا اصل لهذا

التفصيل لانه لم يرد به كتاب ولا سنه ولا عرف عن احد قبلهم وهذا
التفصيل فصله المزني والربيع عنه مسئله قالت انت علي
كظهر ابي او قالت انا عليك كظهر امك قال اصحابنا لا يصح
ظهار المراة هكذا في احكام القران لابي بكر ومثله في المبسوط وعن
ابي يوسف عليه كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار
وقال محمد ليس بشي هو الصحيح فسل ذلك لابي يوسف فقال هذان
شيخا الفقه قد اخطا هو يمين منها فعليها كفارة اليمين لانها
تصح منها والظهار لا يصح منها وفي الينابيع والروضه والغزنوي
هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن كما ذكره في احكام القران
وفي شرح المختار للفتوى حكى الخلاف بين ابي يوسف والحسن على الكرخي
العكس ومثله في المفيد والمزيد وشرح مختصر والمبسوط والمحيط
جعله ظهارا عند ابي يوسف وفي الحاوي هو كنايه ولا يصح ظهارها
من زوجها واحتج الاوزاعي بحديث عايشه بنت طلحة بن عبيد الله
خطبها مصعب بن الزبير فقالت هو كظهر ابي ان تزوجته فلما ولي
العراق ارسل اليها فارسلت تسال والفقها بالمدينه متوفرون
فافتوها ان تعتق رقبه وتتزوجه وقال ابرهيم لو كانت عند زوجها
حتى قالت ذلك لم يكن عليها عتق واوجب الاوزاعي عليها كفارة
الظهار كما ذكرنا وان كانت تحت زوج فعليها كفارة يمين وقال
الشيخ ابو بكر لا يجب عليها كفارة اليمين لان الرجل لا يلزمه بذلك
كفارة يمين وهو الاصل فكذا المراه وبه قال الحسن ومالك والشافعي
وابن حنبل والثوري والليث واسحق وابو ثور وروى الطحاوي عن

ابن ابي عمران عن علي بن صالح عن الحسن بن زياد انه قال هي مظاهره
بذلك قال علي فسالت محمد بن الحسن فقال ليس عليها شي فاتيت
ابا يوسف فسالته وذكرت له قوليهما فقال هذان شيخا الفقه
قد اخطا هو تحريم عليها كفارة يمين كما لو قالت انت علي حرام
فـــــروع وفي المحيط لو استثنى يوم الجمعه لم يجز تكفيره
فيه في روايه الحسن ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده ولا
شي بعد مضي المده وان ظاهر الى شهر لم يصر مظاهرا حتى يمضي الشهر
كما لو اضاف الطلاق الى شهر فانه يقع بعده وكذا في جوامع الفقه
ولو علق الظهار بالشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العده لا يصير
مظاهرا بخلاف الابانه المعلقه ولو قال انت علي كظهر امي في
رجب ورمضان فكفر في رجب اجزاه عنهما وفي شعبان لا يجزيه عن
رمضان لعدم الحرمه في شعبان وفي جوامع الفقه لو ظاهر
من امراته ثم اشرك معها اخرى او قال انت علي مثل هذه سوى الظهار
صح وكذا بعد موتها وبعد التكفير وفي الحاوي يصح الظهار من
المطلقه الرجعيه ولا يصير عايدا مع صحة الظهار حتى يراجعها
قلـــت وينبغي ان لا يصح الظهار منها لان وطيها عليه
حرام فكان صادقا في التشبيه فلم يكن منكرا من القول وزورا
فكانت كالمبانه عندهم وعندنا هي زوجه فلا اشكال علينا ولان من
اصلهم انه يصير عايدا بالسكوت عن طلاقها هذا هو حكم المظاهر
عندهم فقد خالفوا اصلهم واعتبروه بالطلاق وقال امام الحرمين
التحريم في الرجعيه ثابت وايقاع البائنه يفيد مزيد تحريم فانه يقطع

بها سلطنته في الرجعة حتى لا يملك رجعتها بعدها وينقص عدد
الطلاق والظهار ليس فيه شيء من ذلك فاعتباره به ضعيف جدا
وليس في تحريمها فائدة الا تحريم محرمه وهو تحصيل الحاصل وفي
الحاوي ثم باي شيء تجب الكفارة قولان احدهما بنفس الرجعة التي صار
بها عايدا حتى لو اتبعه طلاقا لم تسقط عنه الكفارة قاله في الام
والثاني لا تجب حتى يتمكن من طلاقها ولا يطلق فلو اتبعها طلاقا لم
يصر عايدا ولا تجب الكفارة وان لم يراجعها حتى انقضت عدتها بطل
ظهارها فان تزوجها لا يعود في احد قولي الجديد وفي القديم واحد
الجديد اذا تزوجها صار عايدا بنفس التزوج ووجبت عليه الكفارة
ولم تسقط بالطلاق والثاني ما مر من مضي الزمان ولو قال انت
امي لا يصير مظاهرا وفي المغني لو قال انا مظاهر او علي الظهار لا
يصير مظاهرا وفي الخزانة انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك
فهو ظهار وقد تقدم ويكره ان يقول لامراته يا أختي ورد النهي
عن ذلك وفي الاسبيجابي والمبسوط والينابيع لو قال ظهرك علي كظهر
امي او بطنك او فخذك او جنبك او يدك او رجلك لا يكون مظاهرا وعند
الثلاثة مظاهر ولو قال انت علي كظهر امك فهو مظاهر وكذا كظهر بنتك
بعد الدخول وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى
به الطلاق لا يصح قال لانه منسوخ هذا فيه نظر لان النسخ
يستدعي ان يكون مشروعا في الاسلام والمشهور انه كان طلاقا في
الجاهلية فلا يتحقق النسخ وقد ذكرنا الخلاف فيه والجيد ما ذكره قاضي
خان وهو انه منصوص عليه فلا يحتمل غيره وفي خزانة الاكمل لو قال

راسك علي كظهر امي او فرجك فهو مظاهر لانه يعبر بها عن جميع
البدن وكذا لو قال ظهرك علي كظهر امي وكذا وجهك ورقبتك وعنقك
وبدنك وجسدك ونصفك وثلثك لتعديه ومنهم من قال في الظهر
والبطن يصير مظاهرا ويقع الطلاق المضاف اليها والصحيح الاول
لانه لا يعبر بها عن جميع البدن ولو اخر التكفير فلها مطالبته به
والقاضي يجبره عليه وتمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل ولو
قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وعن محمد للمظاهر ان يقبل
امراته اذا قدم من السفر للشفقة قال اجبر المظاهر على التكفير
لنفعها فان ابى حبس وان ابى يضرب ولا يضرب في الدين فقوله
ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته بخلاف قوله
انت امي حيث لا ينوي ولا يكون ظهارا لعدم التشبيه وظهور
الكذب فيه او قصد الكرامة ذكره في جوامع الفقه فان قال اردت
به الكرامة والاجلال كان كما قال لان الاكرام بالتشبيه فاش في
الكلام وهو اكثر استعمالا من الاستعارة فان قولك زيد كالاسد
اكثر من قولك زيد الاسد كانك قلت هو هو ففيه زيادة
مبالغة ومنه ابو يوسف ابو حنيفة اي سد مسده قائم مقامه
وان قال اردت به الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها
فدخل الجزء في الكل وانما ينوي لكثرة استعماله في الكرامة فلم يبق
نصا في الظهار وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه
تشبيه بالام في التحريم فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
او لم ينو على المختار في الفتوى لغلبته في الطلاق بخلاف قوله انت علي

مثل امي فانه غير غالب فيه وان لم يكن له نية فليس بشيء عندهما لانه محتمل
ولم يتبين وعند محمد ظهار لان التشبيه بعضو من الام لما كان ظهارا
فالتشبيه بجميعها اولى وكذا عن ابي يوسف اذا كان في حال الغضب
قلنا لو كان كذلك لما احتاج الى النية ولان التشبيه بالجميع محتمل
للكرامة وغيرها بخلاف التشبيه بالظهر والبطن والفرج على ما
تقدم وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف يكون ايلاء ليكون
الثابت به ادنى الحرمتين لانه متيقن وفي الزيادة شك وبيان انه
ادناهما فان الواجب فيه اطعام عشرة وفي الظهار ستين وصومه
ثلثة متتابعات وفي الظهار صوم ستين متتابعة وخصاله على
التخيير وفي الظهار على الترتيب ولانه ممنوع عن وطيها حتى يكفر
بالاعتاق مع القدرة عليه وفي اليمين لا منع وعند محمد ظهار
للتشبيه وقيل بالاجماع ذكره في شرح المختار وان نوى
الكذب قال محمد يدين الا في حال الغضب فيكون يمينا وفي
الحاوي كامي ومثل امي كناية كما قلنا وفي الجواهر اللفظ الذي
فيه صريح وكناية ظاهرة وخفية فالصريح قوله انت علي كظهر امي
فهو ظهار ولا يكون طلاقا وان نواه وعن ابن القسم يكون ثلثا
ولا يصدق في اقل من ذلك والكناية الظاهرة ذكر الظهر في غير
المحرم او التشبيه بالمحرم من غير ذكر الظهر كقوله انت علي مثل
امي او كامي او حرام كامي او مثل امي او كفخذ امي وكقوله انت علي
كظهر فلانة الاجنبية وهي متزوجة فهو ظهار ولا يقبل قوله لم
ارد به شيئا وان نوى التحريم كانت عليه حراما والخفية ما لا يحتمل

١٥

الظهار بوجه كقوله ادخلي واخرجي وتقنعي ونحوها فان نوى به
الظهار لزمه والا لم يلزمه به شيء وقوله انت كظهر امي بمنزلة
قوله انت طالق ولم يقل مني وهذا اتفاق بين الائمة وان قال
نصفك علي كظهر امي فهو ظهار وفي النهاية انت كظهر امي
صحيح كقوله انت طالق واجروا قولين في قوله انت علي كفرج امي
قلت ـــــ اخراجه عن الظهار بعيد وان كان الجزء المشبه به
يشعر بالكرامة كالعين والروح ولم ينو شيئا فمنهم من حمله على الكرامة
يحكى عن القفال ومنهم من جعله ومنهم من جعله ظهارا وهو تفريع
على ان التشبيه بالبطن لا يكون ظهارا فبالعين اولى ان لا يكون ظهارا
واختلفوا في الراس فمنهم من جعله كالبطن والظهار اذا اضيف
الى البعض كان صريحا واذا اضيف الى الجملة كان مترددا او اذا قال
لاجنبية او مبانة ان نكحتك فانت علي كظهر امي يصير مظاهرا اذا
تزوجها وبه قال مالك ولم ينعقد عند الشافعي كما لا ينعقد الايلاء
والطلاق وحكي في التقريب قولا مثل قول ابي حنيفة في الطلاق والايلاء
وكرره في الظهار وعزاه الى القديم ولو قال انت علي كظهر امي ثم جن
او مات عقيبه قالوا لا يكون عائدا فان افاق فهل يكون نفس الافاقة
عودا على وجهين كالرجعة ولو قال ان لم اتزوج عليك فانت
علي كظهر امي ثم مات صار مظاهرا قبل موته قاله ابن الحداد وقال
هو عائد يلزمه الكفارة لانه ظاهر ولم يطلق قال وغلطوه وقالوا
لم يثبت العود لموته عقيب الظهار فان قال من مات عقيب الظهار
يلزمه الكفارة فقد خالف ما عليه الجماعة والموت عقيب الظهار لا يحط

عن الطلاق ولو قال ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي فكفر قبل الدخول قال ابن الحداد يجزيه عنه وزعم ان تعليق الظهار احد سببي الكفاره وخالفه معظمهم وقالوا هذا تقديم الكفاره على سببي الكفارة جميعا لان سببها الظهار والعود ولا يحصل الظهار قبل دخول الدار قلت هم يقولون ان التعليقات اسباب في الحال قبل وجود الشرط ولهذا قالوا في تعليق الطلاق والعتق بالملك هو سبب في الحال فمنعوا لعدم الملك وعندنا سببيتها معلقة بالشرط ولا تصير سببا الا عند وجود الشرط فيكون طلاقا وعتقا بعد الملك وهو خلاف ما قالوا هنالك وعندنا وعند مالك لا يجزيه قوله ولو قال انت علي حرام كامي ونوى به الظهار او الطلاق فهو على ما نوى لانه يحتملها الظهار للتشبيه والطلاق للتحريم والتشبيه تاكيد كما لو قال انت طالق كامي او كظهر امي وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلا لتكون الثابت به ادنى الحرمتين وعلى قول محمد ظهار لان التشبيه محكم في الظهار فيحمل التحريم عليه وان قال انت علي حرام كظهر امي ولم ينو شيا فهو ظهار بالاجماع وان نوى طلاقا او ايلا لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفه وابن حنبل وفي احد قولي الشافعي والقول الثاني ان نوى طلاقا كان طلاقا وهو قول ابي يوسف ومحمد وان قال انت علي كظهر امي حرام لم يكن الا ظهارا وان نوى غيره قال ابن قدامه في المغني ليس فيه اختلاف بحمد الله لانه صرح بالظهار وبينه بقوله حرام فاذا نوى طلاقا في الاول لم يكن ظهارا عند محمد وعند ابي يوسف يكون طلاقا وظهارا

الطلاق بالتحريم والظهار بالتشبيه قال قاضي خان ولا منافاة بينهما ومن طلق ثم ظاهر ثم طلق يصح كذلك هاهنا قلت هذا اذا طلق رجعيا واما اذا طلق باينا ثم ظاهر لا يصير مظاهرا وهنا الطلاق الواقع بالتحريم باين فكيف يلحقها الظهار والعذر لابي يوسف ان كونه ظهارا لا يفتقر الى النيه فاذا نوى الطلاق يقع بعده او معه فيصح واستشهاد قاضي خان غير جيد وفي الحواشي لا يصدق في الصرف عن الظهار قضا لانه ظاهر كلامه بمنزله من قال زينب طالق لامراته المعروفه ثم قال لي امراة اخرى اسمها زينب واباها عنيت يقع الطلاق على تلك باعترافه وعلى المعروفه بالظاهر قال ولكن هذا ضعيف فان الطلاق لو وقع بالحرام كان الظهار منها بعد ما بانت وذلك لا يصح قال ذكر في المبسوط ولابي حنيفه ان قوله انت علي كظهر امي لا يحتمل غير الظهار ولهذا لو اقتصر عليه ونوى غيره لا يصدق في الصرف عن الظهار والتحريم يحتمل وجوها فكان الاول الذي هو كظهر امي محكما والتحريم محتمل فيحمل المحتمل على المحكم لما عرف ولا يجوز الظهار الا من الزوجه حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا عندنا وهو قول ابن عمر وابن عمرو وابن عباس وبه قال مجاهد وابن ابي مليكه والنخعي والشعبي وابن المسيب وربيعه وهو قول الشافعي وابن حنبل وابن راهويه وقال سليمان بن يسار وابن جبير وعكرمه والحسن بن حي والزهري وقتاده وعمرو بن دينار والمنصور بن المعتمر والثوري وجميع الظاهريه وابو سليمان

الخطابي يصير مظاهرا منها منهم من قال ان كان يطاها يصير مظاهرًا
والا فلا ومالك لم يشترط الوطي وقال عطا عليه نصف كفارة
الحر وعن ابن حنبل عليه كفارة الظهار وهو ليس بمظاهر والصحيح
عليه كفارة يمين ذكره في المغني ولنا ان الظهار كان طلاقا وروى
ذلك احمد بن حنبل عن ابي قلابه وقتاده وهكذا ذكره الكرخي والقدوري
والاسبيجابي والسرخسي وخلق كثير غيرهم من اصحابنا ومالك في المدونه
وابن رشد في المقدمات والماوردي في الحاوي وامام الحرمين في
النهايه فينقل الى ما ذكرنا فلا يكون في غير من لا يصلح للطلاق ولان
الله قال والذين يظهرون من نسايهم ونساوهم عند الاطلاق هن
ازواجهم كما في الايلا فصار كما لو حرم عليه طعامًا او شرابا او ثيابًا
لا يصير محرما واحتج ابن حزم بقوله تعالى وامهات نسايكم فيما
حرم علينا وقد دخل في ذلك باجماع منا ومنهم الاما مع الحراير
قلنا ادعا الاجماع باطل فان من كان له امه لم يطاها لا تحرم عليه
امها وعندنا وعند مالك يصير مظاهرًا من امته وطيها او لم يطاها
واذا وطيها انما يحرم امها بحرمة وطي الام بعد وطي البنت لا باعتبار
انها من امهات نسايينا ثم قال قال قوم ان كان يطا الامة فعليه
كفارة والا فلا وصح هذا القول عن ابن جبير وعكرمه وطاوس والزهري
وقتاده ذكره ابن حزم في المحلى شرح المجلى ولان المقصود في المنكوحه
حل الوطي والحل في ملك اليمين تابع غير مقصود بل المقصود فيه ملك
الرقبه والاستخدام ولهذا يجوز ان يشتري المجوسيه واخته من
الرضاع ويستمر ملكه فيهما بدون حل الوطي بخلاف النكاح حيث لا يجوز

٦٧

فيها فلا يلحق بالمنكوحة ولا يمينا ولهذا لفظ نسايهم لقصور المعنى فيها
فان تزوج امراة بغير اذنها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار
باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول
وزورا والظهار ليس بحق من حقوقه ليتوقف بتوقفه والاعتاق
في البيع الموقوف واعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق
الملك اذ العتق مقصود بالشرا ولا كذلك الظهار فان الانسان
لا يقصد بالتزوج ليظاهر من زوجته ويقصد بالشرى ان يعتق
المشتري وان يستخدمه وغير ذلك ولانه مثبت للحرمة والنكاح
مثبت للحل وبينهما تناف والنكاح مشروع والظهار غير مشروع
فكيف يكون غير المشروع من حقوق المشروع بخلاف الاعتاق فانه
منهي للملك وفيه خلاف مالك بنا على جواز الظهار من الاجنبيه
وقد تقدم ومن قال لنسايه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا
منهن جميعًا وهذا مما لا خلاف فيه كما لو قال انتن طوالق وعليه
لكل واحدة كفارة اذا قصد وطيها عندنا وهو قول الحسن والنخعي
والزهري ويحيى بن سعيد الانصاري والحكم والثوري واليه رجع
الشافعي في الجديد وقال مالك وابن حنبل واسحق وابو ثور
لم يكن عليه اكثر من كفارة واحدة ورووا ذلك عن عمر وعلي وعروه
وطاوس وعطا وربيعه وروى عن علي رضي الله عنه الاثرم واعتبروه
باليمين بالله تعالى ولنا ان الحرمة ثبتت في كل واحدة فلا يحل وطي
كل واحدة الا بتقديم الكفاره لانها لرفع الحرمه او لانها بها فاذا
كفر عن واحدة للعزم على وطيها فارقا لو ارتفعت الحرمة عن البقيه

فهذا بعيد لانه انما كفر عن معينه لقصد وطيها لا غير فكيف يرتفع
الظهار عن الباقيات وان لو ايطاهن مع بقايهن على الحرمة فهذا
لا يقول به احد فصار كما لو ظاهر منهن بكلمات بخلاف اليمين بالله تعالى
والايلا لان الكفارة وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى وهو لم يتعدد
حتى لو تعدد هناك تعدد الكفارة بالحنث ايضا والدليل على ذلك
ان الكفارة في اليمين والايلا لا تجب الا بعد الحنث لان هتك حرمته
لا يحصل الا بالحنث وهنا تجب اذا قصد وطي المظاهر منها من غير
حنث اذ لا يمين هنا وقال ابن قدامه الظهار يمين مكفرة فلا
يجب الكفارة الا بالحنث وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الايمان
وهو يمين يقتضي ترك الوطي فلا تجب كفارتها الا به كالايلا وما قاله
باطل من وجوه احدها ان قوله الظهار يمين ليس بصحيح بل هو
منكر من القول وزور وهو الكذب والكفارة لاباحة الوطي
لا للحنث وثانيها لو كان يمينا لكانت كفارته كفارة الايمان
وهي التخيير بين الخصال الثلث وعند العجز عنها صيام ثلثة ايام
وكفارة الظهار على خلافها وثالثها لو كانت الكفارة بالحنث
لوجبت بالوطي قبل التكفير وقد قال عليه السلام للذي وطي
قبل لا تعد حتى تكفر ولم يوجب عليه بالوطي كفارة على ما تقدم
ورابعها ان اليمين مباحة والظهار كبيرة فلم يكن يمينا وخامسها
ان اليمين اما بالله او بصفة من صفاته او بالتعليق بالشرط ولم
يوجد واحد منها وسادسها انه مظاهر من الاربع فوجب اربع
كفارات كما لو افردهن وسابعها ان الكفارة وجبت لرفع الحرمة

والماثم وقد تضاعف ذلك فوجب ان يتضاعف جزاوه وثامنها
التسوية بين رفع المنكر والكذب الواحد وبين اربع منكرات واربعة
زور وكذب لا تعقل فالقول به ساقط فان كرر الظهار في مجلس واحد
فعليه لكل ظهار كفارة عندنا الا ان ينوي التكرار والتاكيد للاول
وفي مجالس يتكرر وهو قول علي وبه قال قتاده وعمرو بن دينار ومالك
واحمد وقال طاوس وعطا والشعبي لا يجب الا كفارة واحدة ولو
ظاهر خمسين مرة وصح ذلك عن الحسن والاوزاعي وقال الزهري
كذلك الا ان يكفر وهو قول مالك ذكره عنه ابن حزم وقالت
الظاهرية في المرتين يجب كفارة ولا شي في الثالثة فاذا اعاده رابعة
فعليه كفارتان ولا شي في الخامسة فاذا قاله سادسة فعليه
ثلث كفارات هكذا في كل مرتين كفارة وفساد هذا القول غير
خفي ولم يسبق الظاهرية احد بهذا القول فان قوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا لا يقتضي ان يكون بعد العودة الاولى لكل عودة كفارة اذ
العود المذكور يصدق على الواحد والمائة فالموجب لكل عودتين كفارة
متحكم بغير مستند من نص ولا اثر ولا قول صاحب ولا قياس صحيح
ولا فاسد ونصرة ابن حزم للباطل قلة ديانة لا سيما ابطاله
بالدعوى الباطلة اقوال السلف وفي المحيط لو قال انت علي
كظهر امي مائة مرة يلزمه مائة كفارة لان تشبيهها بالام هو
السبب الموجب للكفارة وقد تعدد السبب فتعددت الكفارة كما
لو حلف مائة مرة فان الكفارة تتعدد مائة مرة قلت هذه
المسالة تخالف قول اصحابنا في منعهم تقديم الكفارة على الحنث بعد

اليمين فاذا جعلوا السبب هو اليمين كان التكفير بعد وجود السبب
فينبغي ان يجوز كالتكفير بعد الجرح قبل الموت ولا يصير الظهار
ايلاء بمضي اربعة اشهر اما لو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي
كان موليا فاذا مضى اربعة اشهر لم يجامعها فيها بانت منه بالايلاء
والمظاهر لو ارتد بقي ظهاره عند ابي حنيفه وعندهما بطل واجمعوا
على انه لا يصح ظهار المرتد وابو حنيفه فرق بين الابتدا والبقا
كالعدة في النكاح والردة توكد الحرمة كالعسل في عدم المبانه
وفي الهاروني يبطل ظهاره بالرده كقولهما ولو اسلم زوج المجوسية
فظاهر منها قبل عرض الاسلام صح لانه من اهل الكفاره هكذا
في المحيط لكن هو صادق في التشبيه كالظهار من المبانه فانه
لا يصح وان كان من اهل الكفاره ويمكن ان يجاب بان الحرمه بعرضيه
الزوال باسلامها بخلاف المبانه فان حرمتها باسمه لا تزول الا بعد
زوج اخر وعقد جديد او بعقد جديد وكذا لو ظاهر من المظاهر
منها يصح مع انه صادق في التشبيه لثبوت الحرمه فيها بالظهار
الاول ويمكن ايضا الفرق بان حرمة الظهار مرتفع بالكفارة
والعصمه باقيه وحرمة الوطي كحرمة وطي الحائض والنفسا والمحرمه
ويحصل حل الوطي بالتكفير بالعقد القايم بخلاف المبانه وفي الينابيع
اذا نوى التكرار في المجلس الواحد يصدق قضا وفي المجالس ديانه وفي
الطلاق لا يصدق فيهما الا ديانه بخلاف ما لو قال لزوجتيه احداكما
طالق مرتين حيث لا يتعدد الطلاق وقد عرف في موضعه فائده
قال شمس الدين الكردري ثبوت الظهار في غير الظهر بدلالة النص

لان الفرج ونحوه فوق الظهر او مثله قلت لان القياس لا
يجري في الكفارات عندنا ولا في الحدود ولا في المقدرات ولا في
الاسباب والشروط والمحال وذكر في المقترح انه يجري في الكل
عند الشافعي وضعف جريانه في الاسباب والشروط والمحال
لكن يرد علينا الخاله والاخت من الرضاعه وام المزنيه وبنتها
وليست حرمتهن كحرمة الام الوالده فلا تاتي الدلاله بهن
ولا القياس لو قلنا به لقيام الفارق الا انا نقول القدر المشترك
بين الكل الحرمه الموبده فكان بالنص لا بالدلاله والقياس وفي
التحفه والغنيه والينابيع يجبر على ان يكفر ويطأ بطلبها ويؤدب
اذا امتنع وقد ذكرناه قلت الاجبار على التكفير والوطي
فيه نظر لان الكفارات لا جبر على اخراجها فالجبر هنا لحق الزوجه
فاذا كان قد وطيها مره كيف يجبر عليه مره ثانيه او ثالثه وانما
يجب ذلك عند حاجتها اليه ديانه بلا جبر ولهذا لو صار عنينا
بعد ما وطيها مره لا يوجل واشتراط الاول لتكميل الصداق
لاحتمال ان يرفع الامر الى من لا يرى التكميل بالخلوه وفي التبصره
المالكيه لو قال انت علي احرم من امي فهو عند محمد من المالكيه
ظهار وقال ابن القسم طلاق البته يعني الثلث وفي شرح
المدونه وروى عيسى عنه انه البته وقال ابن المواز اذا لم يذكر
الظهر فهو على ما نوى وان لم يكن له نيه فهو ظهار عند ملك
وبالاجنبيه ظهار كانت ذات زوج اولا وقد تقدمت وعند
عبد الملك طلاق كالدم ولحم الخنزير وان قال كفلانه الاجنبيه فهو

البنات يعني الثلث وفي ذوات المحارم ظهار ولو قال انت علي مثل
كل شي حرمه الكتاب قال ربيعه هو ظهار لان الكتاب حرم عليه
امه وغيرها مما حرمه الكتاب وقال ابن نافع هو البنات وان
قال انت علي كبعض ما حرمه الكتاب من النسا فهو ظهار ولو قال
ان وطيتك وطيت امي فلا شي عليه وفي جوامع الفقه قال انت
علي كظهر امي امس او اليوم غدا لا يصح ولو قال انت كظهر امي
كل يوم فهو ظهار واحد وفي كل يوم يتكرر وله وطيها في الليالي
وهو في الجامع وفي شرح المدونه لا يلزم الشيخ الفاني ظهار
لانه لا يصل الى الوطي ولا الايلا وعندنا كل من يقع طلاقه يصح ظهاره
ومن لا فلا ذكره الاسبيجابي وفي المرغيناني وخزانه الاكمل المظاهر
اذا لم يكفر فالقاضي يحبسه حتى يكفر او يطلق وقد ذكرناه وللسلطان
منعه من غشيانها حتى يكفر وقد ذكرناه ولو ظاهر من الامه ثم
اشتراها واعتقها ثم ظهارها قبل لا يجوز عندهما وعند ابي يوسف
وفي شرح مختصر الكرخي قال انت علي كالدم او الميته او لحم الخنزير
او الخمر يسال عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال وفي خزانه
الاكمل عن محمد قال انت امي ليس بشي وفي العيون نوى ظاهر من امراتيه
ثم قال للثالثه اشركتك معهما فهو مظاهر من الثالثه نظاهر من
وكذا الطلاق بخلاف الايلا حيث لا يصير موليا من الثالثه وعلل في
المبسوط بانه لو صار موليا منها ايضا لا يحنث الا بوطي الثلث
وقد كان يحنث بوطيهما وفي عيون لو قال لهما والله لا اقربكما اربعه
اشهر ثم قال للثالثه اشركتك معهما تنقسم ويكون بعض المده لها

فبطل الايلا لو صح وفي النتف عقد الظهار على ثلثه اوجه احدها
ان يذكر شيا من امراته من اسما الكنايه او شيا منها يعبر به عن
جميع بدنها وهو عشره نفسك علي كظهر امي او شخصك او بدنك
او جسدك او جسمك او راسك او وجهك او رقبتك او فرجك او
روحك فهذه الالفاظ كلها ظهار بلا خلاف والوجه الثاني
ان يذكر جزءا شايعا منها فيقول نصفك علي كظهر امي او ثلثك او
ربعك او خمسك او سدسك او سبعك او ثمنك او تسعك
او عشرك او قال ثلثاك فانها كلها ظهار والوجه الثالث
ان يذكر جارحه منها معينه او عضوا لا يعبر به عن جميع البدن كقوله
يدك علي كظهر امي او رجلك او عينك او انفك او فمك او اذنك
او شعرك قلت وكذا سنك وثديك وسرتك على قياس
ذلك فان ذلك ليس بظهار عند علمانا الثلثه وعند زفر والشافعي
وابي عبد الله ظهار ولا يكون ذلك ظهارا حتى يشبهه باحد المواضع
السته وهي الظهر والبطن والفرج والدبر والعجز والفخذ من المحرمه
على التابيد من النسب والرضاع والصهريه وقد ذكرنا اكثر من
المسايل وفي المبسوط ظهار الاخرس بالكتابه والاشاره المفهمه
صحيح كطلاقه ولا يدخل على المظاهر ايلا وقال مالك اذا لم
يجامعها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلا قلت نقله
عنه غلط ومذهبه لا يقع على المولي طلاق بمضي مدة الايلا ولو بعدت
سنه وانما لها المرافعه بعد المده الى القاضي اما ان يطلق واما ان
يطاها او يطلقها قلنا المنصوص لا يقاس على المنصوص ولهذا لا

ثبت حكم الظهار في الايلاء ولو قال ان قربتك فانت علي كظهر امي
كان موليا فان قربها في المدة كان مظاهرا فان بانت بالايلاء ثم تزوجها
فقربها فهو مظاهر لبقاء اليمين **فصل في الكفارة**
قال كفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والفقير مثله وذكر
المسكين لكونه احوج واهم والنص الوارد في ذلك يفيد الكفارة
على هذا الترتيب وكل ذلك قبل المسيس وهو في الاعتاق والاطعام
بالتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان اداء الكفارة مبيحة الصام
للوطي منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليحل الوطي
ولانا لو جوزنا له الوطي قبل الاطعام فلو حصلت له القدرة
على الاعتاق قبل الاطعام كان الوطي سابقا عليهما وذلك
منهي عنه وقد ذكر صاحب الكتاب في اخر الفصل ويجزئ في
العتق الرقبة المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغير والكبير
لان الرق كامل في الكل واسم الرقبة صادق عليهم وفي المبسوط
يجوز اعتاق الصغير والصغيرة وان كانا فايتي المنفعة من المشي والبطش
والعقل والكلام لان الغالب سلامته ذلك منهما فلا يعد عيبا ولان
ما لا يخلو الفطرة السليمة عنه لا يعد نقصانا وهو قول البصري
والزهري والنخعي وعطا والثوري ومالك والليث بن سعد والشافعي
وابي ثور قال الشافعي الليث بن سعد افقه من مالك وذكر القاضي
شمس الدين بن خلكان في وفاة الاعيان ان الليث بن سعد كان حنفي
المذهب وولي القضا بمصر قال رايته في بعض المجاميع وقال

ابن حنبل لا يجزئ حتى يصلي لان الايمان شرط عنده وهو قول وعمل
ولم يوجد العمل ذكره عنه في الاشراف وهو قول فاسد مع خرق
الاجماع فانه لم يقل به احد قبله وقد يوجد منه الصوم والصلاة
وقدام النبي عليه السلام ولي الصغير بضربه على ترك ذلك وقال
في الحج لحاملة الطفل لما قالت الهذا حج قال نعم ولك اجر وان
لم يكن ذلك فرضا على الصغير وعند الشافعي العمل من الايمان ولم
يقل بقوله وقال النخعي يجوز في كفارة الظهار واليمين ولا يجوز
في كفارة القتل الا من صام وصلى للنص على الايمان فيها ويجوز
فيها اعتاق الرقبة الكافرة غير الحربي في دار الحرب عندنا وهو
قول عطا ومجاهد والحسن بن ابي الحسن البصري والثوري والحسن
ابن صالح وابي ثور وداود الظاهري واختاره ابن حزم في المحلى
وابو بكر بن المنذر في الاشراف وقالت الايمة الثلثة واصحابهم
لا يجزئ في الكفارات اعتاق العبد الكافر عنها وقال مالك يجوز
اعتاق المجوسي عنها وشبهته انه يجبر على الاسلام فيحصل الاسلام
بعده بالاكراه عليه ولو نذر ان يعتق رقبة ففي اعتاق الكافر وجهان
من قال شرطه القربة اجزاه وقال شرطه ان يكون من جنسه واجب
لله تعالى منعه وفي فتاوى القاضي حسين قال لله علي عتق هذا
العبد وهو كافر صح نذره وان قال لله علي عتق هذا العبد الكافر
لا يصح نذره قلت لان الوصف يشعر بالعلية وان كان
غير مناسب الا ترى انه لو قال اكرم هذا الرجل الجاهل كان قبيحا
بخلاف اكرم هذا العالم لما ذكرنا ذكره في منتخب المحصول وفي النهاية

ضعف القياس فيه وتوقف القاضي ابو بكر وامام الحرمين فيه ذكره
في الاحكام قال والمختار ان كان الوصف الجامع بين المطلق والمقيد
موثرا بان كان ثابتا بنص او اجماع جاز القياس وان كان مستنبطا
فلا كما في تخصيص العموم بالقياس اذ العلة الموثره كالنص الخاص
وذكر فخر الدين في الحكمين المتماثلين اذا اطلق احدهما وقيد الاخر
وسببهما مختلف مثل كفارة القتل والظهار مذهب المحققين منا
انه يجوز القياس ولا يجب وقال ابن العربي في محصوله الحكم
والسبب ان اختلفا فلا حمل بلا خلاف كتقييد الرقبه بالايمان في
القتل واطلاق الشاه في الزكاه وان اتحد السبب والحكم كما في الزكاة
لمن قال بمفهوم الصفه في السايمه حمل على المقيد وان اختلف الحكم
واتحد السبب كالتقييد بالمرافق في الوضوء والاطلاق في التيمم لم
يحمل وان اختلف السبب واتحد الحكم كالظهار والقتل فعلى ما مر
وانكر الابهري التمثيل بالوضوء والتيمم لان التقييد هنا بعضو
وهو الذراع ومقصود المسله التقييد بصفه والفرق بين الظهار
والقتل من وجوه الوجه الاول ان الظهار قول وليس لمتعلق
القول من القول صفه لما عرف في الاصول وانما ثبت الحرمه فيه
بالشرع بخلاف القتل فانه فعل موثر فقياسه عليه باطل على
قول من يجوز القياس في الكفاره لقيام الفارق والوجه الثاني
ان وجوب الكفارة في الظهار غير معقول المعنى لما ذكرنا فلم يكن بينهما
علة جامعة والوجه الثالث لو سلم ان وجوب الكفارة في الظهار
معقول المعنى لا يجوز قياسه على القتل فضلا ان يكون واجبا

لان الفايت في الظهار حل الوطي حتى يكفر وفي قتل الخطا تفويت
النفس المومنه فكان زياده قيد الايمان فيه لزياده الفايت
وغلظ الجنايه حتى لو كان القتل عمدا قتل به ولا قتل في الظهار
فلم يكن الظهار في معنى القتل ولانه لما فوت نفسا مومنه كان
يوحد الله سبحانه ويقوم بطاعته ناسب ان يقيم مثله ليقوم
بتلك الوظيفه بخلاف الظهار والكافر ملحق به لعدم القايل
بالفرق وبالنص وقال الشيخ ابو بكر الرازي ولهذا لم يخفف
بالنقل من البدل الذي هو الصيام عند العجز الى بدل الاطعام
بخلاف الظهار وفي اليمين عند اختيار الاطعام يطعم عشره
وصومها ثلثه ايام فهي دون الظهار قطعا قال ولا يجوز قياسها
على كفارة القتل لامتناع قياس المنصوص على المنصوص بانه
لو لم يرد نص كفارة القتل كان يجب العمل باية الظهار على اطلاقها
للنص وفي القياس لو لم يرد النص المقيس عليه لا يجوز العمل به
فعلم انه ليس ذلك بالقياس وقال الشيخ ابو بكر مفسده
القتل اعظم من مفسده الظهار وحينيذ يتجه ان يقول عظم
المفسده يقتضي زياده الشروط في الكفارة ويعظم الجزا لعظم
الجنايه فكان اختلاف السبب موجبا لاختلاف الحكم والمسلك (٤٠)
الرابع ان الرقبه في الظهار واليمين مطلقه ولا عموم للمطلق بلا
خلاف واريدت بها المومنه بالاجماع فلا يبقى غيرها مرادا لعدم
عمومها قلنا الواجب اعم من المومنه والكافره لان الواجب
مسمى الرقبه فان اعتق رقبه كافره جاز لوجود مسمى الرقبه فيها

لان المطلق موجود في المقيد وان اعتق رقبه مومنه جاز لوجود مسمى
الرقبه فيها وعمومها عموم البدل والمطلق لا عموم له عموم الشمول
والمسلك الخامس ان العمل بالمقيد عمل بالدليلين لان المطلق جزء
للمقيد فكان اولى هكذا في المحصول قلنا هذا باطل وبيان بطلانه
ان الامر يتعلق بما يدخل في الوجود ويمكن العمل به والمطلق الذي
في ضمن المقيد لا وجود له في الخارج فلم يكن ماموراً به فلا يكون عملا
بالدليلين كما زعم والمسلك السادس ان الكفارة عباده فلا يجوز
صرفها الى الكافر كالاطعام والكسوه قلنا هذا باطل بالنذر
وهو عمدة اهل العراق في الالزام وينتقض ايضا باجازتهم ظهار
الذمي وهو ليس باهل لوجوب العباده عليه وعند ابي حنيفه وابي عبد الله
محمد بن الحسن يجوز صرف الطعام والكسوه الى الكافر والمسلك
السابع قالوا ان الله تعالى اوجب عتق الرقبه على التابيد والكافر لا
يتابد عتقه لانه يمكن ان ينقض العهد ويلحق بدار الحرب ثم يسبى
ويسترق وهو جايز عندهم ذكره الماوردي في الحاوي وهذا لا يتصور
في حق المسلم قلنا كل هذه دعاوي بلا دليل وعندنا يتكرر الرق
على الصبيان والنسوان بالارتداد ولا يمكن الذمي من نقض العهد
ودخوله دار الحرب فانه يصير حربا علينا وقد اطلع على عورات
المسلمين والمسلك الثامن ان الكافر ليس مصرفا للصدقه الواجبه
والكفارة لذلك فلا يجوز كصرف الزكاه الى الذمي قلنا ليس سبيل
العتق سبيل الزكاة لاجماعنا على ان دفع زكاته الى عبد نفسه غير
جايز وصرف العتق لا يكون الا الى عبد نفسه وانما فيه ازالة الملك

بالاعتاق فيراعى فيه ماليه العبد بان يكون كاملا وهو عمدتنا في المسله
ومالية الكافر كمالية المسلم والايمان والكفر ليسا الا فضيله ورذيله
كالعلم والجهل ومنع دفع الزكاة اليه بالنص والمسلك التاسع
يجب ان يحمل ذلك على العاده والعرف ولم تجر عادة المسلمين بالتقرب
بعتق الكافر قلنا يبطل بعتق الاعور والاصم والمجبوب
فان ذلك غير متعارف ويدل على انه متعارف صحة النذر بعتقه
والمسلك العاشر الالزام والنقض بالصيام في كفارة اليمين
فانه وجب بالنص مطلقا ثم خص بالمتتابع قلنا خص به بقراة
ابن مسعود على ما عرف والمسلك الحادي عشر امر بعتق رقبه
حي قايم من كل وجه والكافر ميت قال الله تعالى اومن كان ميتا
فاحييناه وجعلنا له نورا يمشي به في الناس قلنا هذا مجاز
فانه لو قال كل مملوك حي لي حر عتق عبيده الكفار والمسلك
الثاني عشر قالوا لا يجوز التقرب الى الله سبحانه بعتق اعدايه
ومن يجحده ويجعل له زوجه وولدا قلنا قد اخبرنا انه لا
ينهانا ان نتقرب اليه سبحانه بالاحسان الى اعدايه والى من يجحده
ويجعل له ولدا او زوجه بقوله لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله
يحب المقسطين وقد جوزت المالكيه اعتاق المجوسي الذي يجعل
للعالم صانعين ولم يجوزوا اعتاق اليهودي الموحد ولا معنى لتوهم
انه يجبر على الاسلام فانه اعتاق مشرك عند اعتاقه لا محاله
وليس اجبار على الاسلام في المستقبل مما يخرجه عن الكفر وقت

اعتاقه مع اختلافهم فى صحة اسلام المكره عليه والمسلك
الثالث عشر قالوا الاعتاق كفاره لقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم
اذا حلفتم والكفاره حسنه لانها عباده واعتاق الكافر سيئه
لما فيه من تفريغ باله لعبادة الاوثان قلنا قولكم اعتاق الكافر
سيئه باطل لصحة النذر باعتاقه ولو كان سيئه كان نذرا بالمعصيه
فلا يصح النذر به ولانه تعاون على البر والتقوى لما فيه من تفريغ
باله لتعلم العلم والنظر فى محاسن الاسلام وتفرغه للعبادة على
ان الاعتاق افادة النعمه واستعماله فى غيرها بواسطه اختياره
فلا يحال به على اعتاقه وارتكابه المعصيه ومفارقته لها بسوء
اختياره لا بالاعتاق فصار كبيع العصير ممن هو معروف باتخاذه
خمرا ودبسا والمسلك الرابع عشر قالوا معتق الكافر ليس
بمحرر لان التحرير اثبات الحريه والاعتاق ازالة الرق والكفر سبب
الرق لانه جنايه والرق عقوبه فلا مناسب الكفر ثبوت العتق
قلنا هذا [illegible] وسبيله سبيل انكار الحس والحقايق
لانه لو لم يكن محررا كما زعموا لحل له وطؤها وبيعها بعد ذلك
والقول به خرق اجماع المسلمين والاعتاق اثبات العتق الذى هو
القوه ويلزم منه زوال الرق الذى هو الضعف والمسلك
الخامس عشر النص فى اشتراط الايمان لحديث معويه بن الحكم
انه قال كانت لى جاريه فاتيت رسول الله وقلت يا رسول الله
على رقبة افاعتقها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين
الله قالت فى السماء فقال من انا فقالت رسول الله فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم اعتقها فانها مومنه رواه مسلم والنسائى
قالوا لم يسال عن سبب وجوب الكفاره فدل على ان جميع الكفارات
يشترط فيه الايمان قلنا قال امام الحرمين فى النهايه حديث
الخرسا وروى السودا هو حديث مؤول باتفاق من عليه المعول
فان فيه اين الله وهو سوال عن مكانه وكل حديث يقضى بازالة
ظاهره فلا حجة فيه وقوله باتفاق من عليه المعول يحترز به عن
قول من يعتقد لله سبحانه جهه ومكانا يقعد فيه ويستقر عليه
مع انى اقول هو متروك عند الكل فان من اعتقد انه فى مكان يحدث عينه
بالعرش دون السماء فلا يقل بحقيقه السماء ولعلها كانت كفارة القتل
والظهار بعيد وفى اليمين لا تعين اعتاق الرقبه او كانت نذرا او لكونها
افضل من غيرها وروى انه قال على رقبه مومنه فان كنت ترى ان
هذه مومنه فاعتقها ذكره ابو الفرج فى التحقيق وقيل الراوى
عمر بن الحكم قال البغوى صوابه معويه بن الحكم وعباره اهل
اصبهان كل كفاره تقتضى سلامه الرقبه من العيوب تقتضى
اسلامها كالقتل وهو ممنوع بالاجماع وعباره اهل نيشابور
رقبه لا تجزى فى القتل فلا تجزى فى الظهار كالمرتد فان قالوا هو
مستحق القتل يبطل بمستحق القتل قصاصا وطريقه ما
وراء النهر هى تطهير واجب بالشرع فلم يكن الكافر اهلا ومحلا له كالزكاه
ولان المقصود بالعتق تخليص الرقبه من اسر الرق وذلك بالمومن اشبه
قلنا قوله تطهير باطل على اصله لايجابه على الكافر وقوله بالمومن
اشبه نقول به ولا يدل على عدم الاجزا بل يدل على ندب اعتاق المومن

واستحبابه ولا خلاف في ذلك ولنا ان النص في الظهار واليمين
عار عن اشتراط الايمان ولو كان شرطا لذكره الله تعالى وما كان
ربك نسيا لا يضل ربي ولا ينسى وقال الشافعي لسان
العرب وعرف خطابهم حمل المطلق على المقيد اذا كان من جنسه
وهذا الاصل فاسد من ثلثة اوجه احدها ان الايمان هاهنا
غير مذكور فلا يجوز اشتراطه كما ان الاطعام هنا مذكور وفي
كفارة القتل غير مذكور فلم يحملوا المطلق عن الاطعام في كفارة
القتل على المقيد به هاهنا قال علي بن حزم في المحلى جمعوا
بين الكفارتين في ان لا تجزى فيهما كافر بالقياس ولم يجمعوا بينهما
ولا قاسوا احداها على الاخرى في تعويض الاطعام عن الصيام عند
العجز عن الصيام وهذا حكم لا يسوغ لاحد قال فان قالوا
لم يذكر تعويض الاطعام عن الصيام في القتل وانما ذكر في الظهار
قلنا ولا ذكرت المومنه وعدم اجزا الكافره الا في كفارة
القتل ولم يذكر في الظهار ولا في الافطار فاما ان يقيسوا كل واحدة
على الاخرى ويحملوا عليها او لا يقيسوا واحدة منها على الاخرى
واما قياسكم احداها على الاخرى في بعض ما فيها دون سايرها
فتحكم باطل ومناقضة ظاهرة ثانيها ان الصيام ذكر فيه
التتابع في الظهار والقتل دون اليمين ولم يحملوا المطلق في
كفارة واحدة في الصوم على المقيد بالتتابع في صومين وحملتم
الكفارات الثلث المطلقة على مقيدة واحدة وزعموا ان
اثبات الزيادة في الصفة بحمل المطلق على المقيد واجب

وفي اثبات اصل الحكم غير جايز وهذا دعوى منهم قال علا الدين
العالم في الميزان حمل المطلق على المقيد خلاف اللغة وعرف اللسان
الا ترى ان من قال لغيره اعتق عبدي ثم قال اعتق عبدي الابيض
فانه لا يتقيد بالابيض وكذا لو قال لامراته ان دخلت الدار
فانت طالق ثم قال ان دخلت الدار راكبة فانت طالق فدخلت
راكبة او ماشية طلقت ولا يتقيد بالركوب وكتاب الله وكلام
رسوله محمول على المتعارف ولان المطلق ليس بمجمل فيجب العمل به
جا التقيد او لم يجي وفي حديث عايشة انه عليه السلام توضا
في الغسل وضوءه للصلاة وفي حديث ميمونة النص على تاخير
الرجلين في وضوء الغسل والحديثان ثابتان ولم يحمل الشافعي
المطلق على المقيد فيه مع انهما في حادثة واحدة وقد حمل ذلك في
حادثتين واعترض الطحاوي بحديث ماعز انه رده حتى اقر
اربع مرات ثم رجمه وقال لانيس اغد الى امراة هذا فان اعترفت
فارجمها ولم يحملوا المطلق على المقيد في رجم ماعز فبطلت قاعدتهم
وقد ذكرناه في الزكاة وفي اصول الفقه للسرخسي ان اكثر ما
ذكره الخصم ان الزيادة بيان صورة ولكنها نسخ من جهة المعنى
بيانه ان بعض صلاة الفجر لا يكون صلاة الفجر والركعتين من الظهر
لا يكون صلاة الظهر في الاقامة وضرب سبعين في القذف او
في حد الزنا لا يكون حد القذف والزنا واذا تقرر هذا فنقول
المائة في البكر الزاني جلد مائة هو حد فاذا زيد النفي عليها بخبر
الواحد خرج الجلد من ان يكون حدا لانه بعض الحد وبعض الحد ليس بحد

بمنزلة بعض العلة ليس بعلة وبعض الصلاة الفرض كالفجر والظهر قصرا
عليه ليس صلاة الفجر والظهر فكان نسخا من هذا الوجه لانه ازال حكم
النص وكذا الرقبة فانها تنطلق على المومنه والكافره على سبيل
البدل وشرط الايمان بالقياس او بحمل المطلق على المقيد يخرج الكافره
من النص فكان منعا من اجزا احد نوعي المطلق فكان نسخا من هذا
الوجه ونسخ الكتاب بالقياس لا يجوز فكيف بالقياس الفاسد
كما قررناه وقال الشيخ شهاب الدين القرافي في شرح المحصول
وقد قدم الرقبة المطلقة بسلامتها عن كثير من العيوب خلافا
للظاهرية قال الفرق بين سلامتها من العيوب وبين اشتراط
الايمان وجميع القيود ان الوضع تابع للتصور والواضع يتصور
مفهوم العبد الذي هو حيوان ناطق مرقوق له حواس خمس
وجوارح مخصوصة ولهذا اذا سمعنا لفظ الانسان يسبق الى
ذهننا الانسان الموصوف بهذه الصفة والذهن انما ينتقل في
اول الوهلة الى الموضوع له ولذلك كان الاصل في الاستعمال
الحقيقة فثبت ان الوضع يقتضي السلامة من عدم تلك الاشيا
بخلاف الايمان والكفر فانه لم يتناولهما اللفظ الوضعي اجماعا فظهر
الفرق وقال ابو بكر الرازي قوله عليه السلام للمظاهر اعتق
رقبة يقتضي تمكين المكلف من اعتاق اي رقبة شا من رقاب الدنيا
فلو دل القياس انه لا يجوز الا المومنه لزالت تلك المكنة الثابتة
بالنص فكان القياس مزيلا لتلك المكنة الثابتة بالنص وهو
النسخ وانه غير جايز والفرق بين الشهادة وبين الظهار ان سبب

الاحتياج الى الشهادة هو ضبط الحقوق وهو واحد في جميع الصور
والغالب على المسلم العاقل البالغ الصدق فكان السبب واحدا في
جميع الصور فاذا اتحد سبب الحاجة وسبب القبول حمل المطلق
على المقيد بخلاف القتل والظهار وفي الميزان لا تعلق لهم بالشهادة
لان العدالة شرطت في الشهادة المطلقة بدليل سوى المقيد
وفي المحصول والمقيد في الشهادة بالعدالة بالاجماع وبنص اخر
فيه الامر في شهادة الفاسق وقال شهاب الدين القرافي في
شرح المحصول لا نسلم ان الاتي بالمقيدات ات بالمطلق للزوم ترك
المعلوم بسبب الحمل على المقيد فحينئذ تكون مدلول اللفظ كلية
لا كلا فبطل ما ذكروه لان الاتي بالمقيد غير ات بالمطلق فيتعين
عدم الحمل فاذا ثبت هذا في الكلية ثبت في الكل والكلي لعدم القايل
بالفرق والكلية هي الحكم على كل فرد فرد بحيث لا يبقى واحد كقولنا
كل رجل يشبعه رغيفان غالبا يصدق باعتبار الكلية ويكذب
باعتبار الكل الذي هو المجموع ومثله كل نفس ذايقة الموت والكل
مثل قولك كل رجل يشيل الف قنطار يصدق باعتبار الكل دون
الكلية وهذا لان الاطلاق يمكنه من اي فرد شا وهو حكم عقلي
ملتقى من البراة الاصلية اذ الماهية الكلية لما وجبت شهد
العقل بان كل جزي من جزياتها متضمن لها مع ان الاصل عدم جزي
معين جزم العقل بالخروج عن العهدة باي فرد كان واخراج بعض
الافراد عن الكلية ابطال لما شهد به العقل ويرد عليهم ترك مسح
الراس والرجلين في التيمم اذا كان النص الوارد في المقيد واردا

بتقييد المطلق فبطل دعواهم بذلك وان كانت دعواهم بالقياس
فقد منع منه الاجماع وهو اولى من قولهم ان القياس انما يصح في اثبات
صفة الحكم وتقييده لا في اثبات نفس الحكم فقد استعمل الشافعي
القياس في اثبات الصوم بدلا من هدي المحصر ذكره قاضي القضاة
عبد الجبار وفي المنهاج الاظهر ان له بدلا بعينه الشارع فان عجز
صام عن كل مد يوما قلت واستعمل ايضا القياس في
اثبات البدل عن الايماء بالراس في الصلاة الايماء بالعينين والحاجبين
والقلب بغير نص كما استعمله في اثبات صفة الحكم مثل اثبات
الايمان في الرقبة في كفارة الظهار واليمين وقالوا انما لم نحمل صوم
كفارة اليمين على صوم الظهار والقتل في اشتراط التتابع لان حمله
على ذلك يوجب التتابع فيه وحمله على صوم التمتع يوجب التفريق
فبقيناه على اطلاقه قالوا ونظيره قوله عليه السلام اذا ولغ
الكلب في اناء احدكم فليغسله سبعا اخراهن بالتراب وقد جا
اولاهن بالتراب ولم يحملوا المطلق فيه على المقيد لانه قد جا
فيه اخراهن بالتراب فتعارض المقيدان فبقي على اطلاقه قلنا
هذا غلط في صوم التمتع فان السبعة التي يصومها اذا رجع الى
اهله لم يوجب فيه التفريق بل صومها مطلق ان شا تابع فيه وان
شا فرق فكان ينبغي له ان يوجب فيه التتابع بالحمل على المتتابع
من صوم الظهار والقتل او بالقياس كما تقدم وكذا الثلثة في
الحج وقال ابو بكر بن العربي في محصوله عدم اجزا الاطعام
عند العجز عن الصيام قياس منصوص على منصوص فلا يعتبر قلت

قوله هذا غير سديد بل هو قياس مسكوت على منصوص فان الاطعام
في كفارة القتل لم يذكر نفيا ولا اثباتا فكيف يقال قياس منصوص
وكيف يتصور النص عند عدم الذكر فينبغي ان يجب على اصلهم ولم
يقولوا بجوازه وتعلقوا ايضا بقوله تعالى والذاكرين الله
كثيرا والذاكرات ان ذلك مما حمل المطلق على المقيد قال الآمدي
لا حجة لهم فيه لان ذلك حصل بالعطف قلت وفيه
وجهان آخران احدهما ان ذلك من باب الحذف لدلالة الاول عليه
والعلم بذلك مثاله عجبت ممن عجبت تحذف منه لدلالة من
الاولى عليها وتقول مررت بمن مررت وتحذف به لحصول العلم
بها بما تقدم والوجه الثاني حذف ذلك للتجانس في قوله تعالى
ان المسلمين والمسلمات والمومنين والمومنات الاية وحملوا ايضا
المطلق على المقيد في قوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا
وطهورا مع قوله وتربتها طهورا فانهم قيدوه بالاسم دون
الصفة ولم نحمل نحن ولا المالكية المطلق على المقيد فيه ولم نخرج
الارض بجميع اجزائها عن الطهورية وعندنا ذكر تربتها خرج مخرج
الغالب ومثله ثم اغسليه بالماء خرج مخرج الغالب وفي عتق
المرتد منع ذكره في منتخب الطريقة وفي شرح القدوري للغزنوي
يجوز اعتاق المرتدة عن الكفارة دون المرتد وفي المبسوط لم يذكر
اعتاق المرتد ويجوز اعتاق مباح الدم والمرهون والمديون وان
سعيا بخلاف اعتاق المريض عبده ولا مال له سواه فانه لا يجزيه
لانه يسعى في ثلثي قيمته والفرق بين اعتاق من وجب عليه القصاص

وبين المرتد بعد التسليم ان العفو مندوب اليه بخلاف المرتد فان
رجوعه بعيد لانه لم يرتد بعد اطلاعه على محاسن الاسلام الا
لضلال بعيد وكفر عنيد فرجوعه بعد هذا الى الاسلام بعيد ولهذا
لا يجوز له ان يتزوج بخلاف من وجب عليه القصاص قوله
ولا تجزئ العميا ولا المقطوعه اليدين او الرجلين وهو قول
الايمه الاربعه واصحابهم وقال النخعي والشعبي ان عتق
الاعمى يجزي في ذلك وعن ابن جريج ان الاشل يجزي وعند داود واصحابه
لا يمنع شي من العيوب ذكر ذلك كله في المحلى قلنا قد فات
جنس المنفعه فالتحق بالمعدوم حكما ولهذا وجب فيه الدية الكامله
واصل الشافعي وابن حنبل المنع ما اخل بالعمل وفي النهايه اجمع
العلما المعتبرون ان العيوب تنقسم الى ما يمنع والى ما لا يمنع وقال
داود لا يمنع وتعلق باسم الرقبه قال الشافعي لا اعلم احدا ممن
مضى من اهل العلم ولا ذكر لي انه قال لا يمنع رد داود نشا بعده
قال وعندي لو قاصر لما عده قلت قد ذكر عن النخعي
والشعبي جواز عتق الاعمى كقول داود وهما قبل الشافعي وابي حنيفه
ومالك ذكره عنهما في المحلى وفي المحيط لو وكل بشرا جاريه وسمى
جنسها وثمنها فاشترى الوكيل جاريه عميا او مقطوعه اليدين
او الرجلين او مقعده جاز عند ابي حنيفه اذا اشتراها بمثل القيمه
او بغبن يسير وعندهما لا يجوز على موكله لان شراها ولا غير متعارف
بخلاف العورا او مقطوعه احدى اليدين او احدى الرجلين لان هذا
عيب وشرا المعيب متعارف بخلاف العمى وشبهه فانه استهلاك

ولهذا اجاز التكفير بالاعور دون الاعمى وابو حنيفه مر على اصله
في اجرا المطلق على اطلاقه في غير موضع الضروره والتهمه واسم
الجاريه يتناول العميا والعرف مشترك وقد يشترى العميا لابتغا
مرضاة الله سبحانه او لقصد الولا او الاستيلاد بخلاف الكفارات
لقيام دليل التقييد فيها لانها اجزيه الافعال وهي مشروعه للزجر
عن ارتكاب اسبابها ولا يحصل الزجر بالعميا ومقطوعه اليدين
او الرجلين والمانع في الكفاره فوات جنس منفعة مقصودة لا
فوات الجمال واختلال المنفعه المقصوده غير مانع مثل مقطوع احدى
اليدين او احدى الرجلين او العورا او العمشا والعشوا والرمدا
والبرصا والمجذومة والصما والخصي والمجبوب والرتقا والقرنا
والخنثى والعنين والاصم في ظاهر الروايه وقيل هذا اذا كان في
اذنيه وقر وان كان لا يسمع لا يجزي ويجوز مقطوع الشفتين
اذا كان يقدر على الاكل ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحيه والراس
وان كان فايت المنفعه ذكره في المحيط واكثر هذه المسايل من خزانه
الاكمل وشرح مختصر الكرخي والمبسوط وجواز الاصم استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو روايه النوادر لان الفايت جنس المنفعه كساقط
الاسنان العاجز عن الاكل فانه لا يجزي ووجه الاستحسان ان
اصل المنفعه باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع
اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ومن ولد اصم يكون اخرس
لانه انما يتكلم اذا سمع الكلام ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان صحه
البطش بهما وبفواتهما يفوت جنس المنفعه ويجوز مقطوع احدى

اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه لم يفت جنس المنفعه بل اختلت
المنفعه بخلاف ما لو كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز
لفوات منفعه المشي فانه يتعذر عليه وفي الجواهر يجزي الاعور
وقال عبد الملك لا يجزي وهو قول ملك في المبسوط وفي المدونه
لا يجزي الاقطع اليد الواحده او اصبع او مقطوع الاذنين او اشل
او ابرص او اجذم او اصم او اخرس او اعمى او يابس الشق والهرم وكذا
عند الشافعي وقال اشهب يجزي الاصم. واختلفوا في الخصي وفي
النهايه يجزي الاعور ولا تونر البرص والبهق ويجزي مقطوع الخنصر
او البنصر وكذاهما من يدين و من يد واحده لا يجزي ولا يجزي مقطوع
الابهام او السبابه او الوسطى من يدين وقطع اصابع الرجلين لا يمنع
وفي المغني قول ابن حنبل كقول الشافعي والانمله من الابهام يمنع ومن
غيرها لا يمنع والعور لا يمنع ولا قطع الاذنين وهو قول الائمه الاربعه
وفيه خلاف زفر ويجزي مقطوع الانف والاصم اذا فهم بالاشاره
والاخرس اذا فهمت اشارته وهو قول الشافعي وابي ثور ولا يجزي عند
ابن حنبل على المنصوص وهو قول ابي حنيفه لان الخرس يمنع كثيرا من
الاحكام المتعلقه باللسان واكثر الناس لا يفهمون اشارته ولا يجوز
المجنون الذي لا يجوز ويجوز الذي يجن ويفيق اذ اختلال المنفعه غير مانع
وفي النهايه والذي يجن ويفيق يجزي واضطربوا في الاخرس واجرى
فيه بعضهم قولين ومنهم من طرد القولين في الاصم فان اجتمعا منعا
وفي المدونه اعتق منفوسا عن ظهاره ثم كبر اخرس او اصم او مقعدا او
مجنونا فقد اجزاه قوله ولا يجزي المدبر وام الولد

الرابع

وهو قول الحسن والاوزاعي والثوري وملك وابي عبيد وجوز الشافعي
وابو ثور عتق المدبر واختاره ابن المنذر لانهم يرون جواز بيعه
وبه قال ابن حنبل وقال عثمان البتي وداود الظاهري يجوز عتقهما
عنها والشافعي وابن حنبل يريان بيع المدبر والبتي والظاهري
يريان جواز بيعها وناظر داود الظاهري ابو سعيد احمد بن حسين
البردعي في بيع ام الولد فقال الظاهري اجمعنا على جواز بيعها قبل
ان تحبل من سيدها والاصل بقا ما كان على ما كان اذ الاصل في كل
ثابت دوامه واستمراره فقال الشيخ ابو سعيد اجمعنا على منع
بيعها بعد ذلك حين كانت حاملا فوجب ان يستمر [illegible] الاصل في
كل ثابت دوامه واستمراره بعين ما قلت فلم يجد الظاهري له
جوابا فانقطع والدليل على عدم جواز بيعهما ياتي في العتاق ان شا
الله قلنا استحقا الحريه بالتدبير والاستيلاد فكان الرق
فيهما ناقصا هذا تعليل صاحب الكتاب لكن يرد عليه ما لو قال كل
مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده ولا يعتق
مكاتبوه الا بالنيه فدل على كمال الرق فيهما ولهذا يحل له وطي المدبره
وام الولد ولو كان الرق ناقصا فيهما لم يحل له وطيهما كالمكاتبه وكذا
المكاتب الذي ادى بعض بدل الكتابه لان اعتاقه حينئذ يكون ببدل
وعن ابي حنيفه يجزيه في روايه الحسن عنه لقيام الرق فيه قال
عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه ابو داود بخلاف
التدبير وامومية الولد لانهما لا يحتملان الانفساخ قلت لو
قضى القاضي بجواز بيع المدبر ينفسخ التدبير وفي ام الولد خلاف يعرف

في موضعه وفي المبسوط العتق مستحق عليه فيها فليس فيه الا
تعجيله وليس بتحصيل الواجب كايجابه ابتدا ولان ام الولد قد اعتقها
ولدها فكان عتقها مضافا الى امرين فلم يكن اعتاقا للكفاره من كل
وجه وان اعتق مكاتبا لم يود شيا جاز وقال زفر والشافعي
ومالك لا يجزي وان اشترى مكاتبا او مدبرا او ام ولد فاعتقه لم
يجزيه وقيل بالاجزا بنا على جواز اعتاقه بعد الشرا ذكره عن
مالك في الجواهر وفي النهايه قالوا ينفذ على حكم الكتابه وعندنا
يتضمن فسخ الكتابه فيما ينفعه من سقوط بدل الكتابه عنه ولا
يظهر في غيره حتى يسلم اكسابه له ويعتق اولاده لا سيما اذا
كان برضى المكاتب وعتقه على حكم الكتابه يمنع الاقدام عليه
لسقوط بدل الكتابه بغير رضى المالك وبقا الكفاره في ذمته وقوله
فاشبه المدبر الزام لنا وقوله لا ينافيه يعني ان الكتابه لا
تنافي الرق لانها فك الحجر بمنزلة الاذن في التجاره الا انه بعوض
فكان لازما من جهة المولى ويلزمه العقر بوطي المكاتبه لحجره
على نفسه فيجوز اعتاقه عن الكفاره كاعتاق الماذون عنها فعلى
هذا المدرك لا يلزم الفسخ ولو ادى بعض بدل الكتابه ثم عجز
جاز اعتاقه عن الكفاره ذكره الاسبيجابي وفي المغني لا يجوز
اعتاق المكاتب الذي ادى بعض بدل الكتابه وفي البزدوي سلامه
الاكساب والاولاد لعتقه وهو مكاتب لا لوقوع العتق بجهه
الكتابه كما لو كانت ام ولد فاشترت اولادها الذين ولدتهم قبل
الاستيلاد والكتابه فانهم يتكاتبون عليها ولو مات السيد

يعتق بجهه الاستيلاد ويعتق اولادها ويسلم اكسابها لها
وان لم يعتق بجهة الكتابه وقوله اولا لان الفسخ ضروري لا يظهر
في حق الاولاد والاكساب لان الاقتضا لا عموم له والثابت
للضروره يتقدر بقدرها وجوز اعتاق المكاتب الذي لم يود
شيا الاوزاعي والليث واحمد واسحق وقال ابن المنذر هو
جايز لانه عبد وقال احمد واسحق ان ادى الثلث او النصف
او الثلثين لا يعجبنا وجوز اعتاق المحموم والمريض الذي يرجا
بروه وان كان قد اشرف على الموت لا يجوز وفي المدونه لا يجزي
الهرم العاجز وفي الجواهر لا يجزي الغايب المنقطع الخبر
والمغصوب يجزي وفي النهايه في اعتاق المغصوب اختلاف
واختار امام الحرمين جوازه وفي احكام القران للشيخ ابي بكر
الرازي يجوز اعتاق الابق والمرهون والمستاجر عن الكفاره
وقال امام الحرمين جوزوا اعتاق المرهون في الجملة وقالوا يتضمن
فك الرهن ولم يجوزوا اعتاق المكاتب عن الكفاره وقالوا ينفذ على
حكم الكتابه انتهى كلامه قلت مع انهم قالوا لا يجوز اعتاق
المرهون مجانا ويجوز اعتاق المكاتب مجانا ويسقط بدل الكتابه فكان
اعتاق المكاتب اسرع نفاذا واقرب الى انفساخها من فك الرهن
وفي الاشراف ويجوز اعتاق ولد الزنا عن الكفاره عندنا وبه قال
الحسن وطاوس والثوري والشافعي واحمد واسحق بن راهويه
وابو عبيد وفضاله بن عبيد وهو قول ابي هريره واختاره ابن
المنذر وقال الزهري والاوزاعي لا يجزي لما روي عن ابي هريره عن

النبي عليه السلام انه قال ولد الزنا شر الثلثه واختلفوا في تاويله فقيل انما قال في واحد بعينه لانه كان ذا شر وقد روى عن ابن عمر انه كان اذا سمع من يقول ذلك يقول هو خير الثلثه بمعنى انه لا اثم عليه ولا ذنب له ذكره ابن شداد في احكامه قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوى بذلك الكفاره جاز عنها وقال الليث بن سعد يجوز ان يشترى اباه فيعتقه وفي خزانه الاكمل وكذا لو وهب له او اوصى له به فنوى عن كفارته جاز بخلاف الارث ولا يصح عند ملك والشافعي وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والافطار والقتل وما ياتيك في كتاب الايمان ان شا الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه واعتقه لم يجزيه عند ابي حنيفه ويجزيه عندهما لانه اعتاق الكل عنها لعدم تجزيه هذا اذا كان موسرا وان كان معسرا لا يجزيه لان المعتق يسعى في نصف قيمته فكان اعتاقا بعوض وله ان نصيب صاحبه ينقص باعتاقه انتقاصا حكميا اذ لا يجوز له بعد ذلك بيع نصيبه ونقله الى غيره فينتقل اليه كذلك فلا يجوز بخلاف المكاتب حيث يجوز اعتاقه عن كفارته وهو على مدرك انفساخ الكتابه ظاهر وعلى المدرك الاخر مشكل لكن قابل للانفساخ بخلاف معتق البعض فان حكمه حكم المكاتب ولا يقبل الانفساخ فلهذا كان النقصان لازما فيه فان اعتق نصف عبد عنها ثم باقيه جاز والنقص في ملكه كذهاب عين الضحيه بالسكين وعندهما هو عتق بكلام واحد لعدم تجزي

الاعتاق عندهما وفي المدونه ان اعتق نصف عبده ثم اعتق باقيه عنها اجزاه وفي الجواهر المشهور نفي الاجزا وفي الانوار روى عيسى عن ابن القسم انه يجزيه وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون واصبغ انه لا يجزيه وهو قول ابي ثور وفي النهايه لو اشترى قريبه يحصل العتق مرتبا على الملك وقال ابو اسحق المروزى يثبتان معا وعدوه من هفواته سوال جعل النقص مصروفا الى جهه الاضحيه عند تحقق التعذر لا يدل على صرفه الى تلك الجهه عند عدم العذر اذ قد تقرر النقصان في العتق دون الاضحيه ويمكن ان يقال النقص في العتق حكمي فلا فرق بين اعتاقه بكلام واحد او بكلامين فيستوى عمده وخطاه وفي الاضحيه حقيقي فيتعذر في الخطا دون العمد فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه عنها لم يجز عند ابي حنيفه رضي الله عنه لان الاعتاق يتجزا عنده على ما ياتي بيانه وعندهما يجوز لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما قال وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص وقد حصل اعتاق النصف بعده عنده فلا يجزيه وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس فجاز قلت في المنع على قوله نظر فانه لو جامع ثم اعتق كله بعد المسيس يجوز بالاتفاق عن ظهاره وقد وقع الكل بعد المسيس فوقوع النصف بعده اخف من وقوع الكل بعده وجوابه منع التفرقه بالجماع بين النصفين قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس

فيها شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق واما
التتابع فبالنص وشهر رمضان لا يقع عن غير رمضان الا ان يكون
مسافرا واما صوم رمضان لا يكون احد شهري الكفارة عند
الجمهور ويجزيه عن رمضان عندنا وقال ملك والشافعي لا يجزيه
عن رمضان ولا عن غيره وقال طاوس ومجاهد يجزيه عنهما وتوقف
ابن حنبل في الجواب وقال ابو ثور ان لم يعلم انه رمضان اجزاه
وان علم لم يجزيه وعليه قضا رمضان وان كان في السفر اجزاه عن
الكفارة عند ابي حنيفه وابي ثور والظاهرية ولا يجزيه عند
ابي يوسف ومحمد والشافعي والصوم في ايام التشريق ويومي العيدين
منهي عنه فلا ينوب عن الكامل والواجب المطلق وصوم يومي العيدين
غير مشروع عند الايمة الثلثه وفي صوم ايام التشريق خلاف ملك
في الجواز وقد تقدم في صوم التمتع وان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفه
ومحمد وملك وابن حنبل ذكرهما في الحاوي للماوردي وقال ابو يوسف
والشافعي لا يستانف وهو قول ابي ثور وابن المنذر والظاهرية
والاول قول الثوري وابي عبيد مع من تقدم ذكرهم في المغني وجه
قول ابي يوسف ومن معه انه لا يجد ان يصوم قبل الوطي شهرين
ابدا فوقوع بعضه قبل الوطي وبعضه بعده اولى من وقوع كله بعده
فلا يجب الاستيناف ولنا قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا وفيه دليلان احدهما انه نص النهي عن الوطي فيه
وقبله والنهي يقتضي فساد المنهي عنه اذا لم يكن لمعنى في غيره لا سيما

في العبادات والدليل الثاني انه امر بصوم شهرين متتابعين ليس فيهما
مسيس ويمكنه ان ياتيه كذلك فوجب العمل بما يمكنه وترك ما لا
يمكنه وترك ما لا يمكنه لان العجز عن احدهما لا يوجب سقوطهما وقياسهم
على كفارة القتل باطل لان الوطي بالليل فيه غير محرم وكذا قياسهم
على الاطعام لعدم النص فيه ووجوده هنا وقوله وان افطر
يوما منها بعذر او بغير عذر استانف وبالحيض لا يستقبل
وفي افساد صوم رمضان وفي كفارة اليمين يستقبل ويصل
القضا وفي النفاس والمرض يستقبل لانه يمكن وجود شهرين
خالين عن النفاس والمرض بخلاف الحيض الا في كفارة اليمين
لقلة مدته ومذهبنا في منع المرض من التتابع وهو قول ابرهيم
النخعي وسعيد بن جبير والحكم والثوري والشافعي في الجديد بمصر
وقال ابن المسيب وعطا والشعبي ومجاهد وطاوس وملك وابن
حنبل وابن راهويه وابو عبيد وابو ثور لا يمنع ويروى ذلك عن
ابن عباس وقاسوه على الحيض ولنا ان التتابع شرط بالنص
والغالب وجود شهرين خالين عن المرض فلم يكن في ترك التتابع
عذر بخلاف الحيض اذ الغالب انها تحيض في كل شهر فافترقا وان
جامعها بالنهار او غيرها عامدا استانف صوم الشهرين بالاتفاق
وان جامع غيرها بالنهار ناسيا او بالليل عامدا او ناسيا لا
يستانف ونقل ابن حزم عن ابي يوسف انه متى جامع التي ظاهر
منها قبل التكفير سقطت الكفارة سوا كانت عتقا او صوما
ونقله غلط ومردود بالحديث قال وقال ابو حنيفه يتمها ناسيا

ونقله غلط كنقله عن ابى يوسف وان ظاهر العبد لم يجزئه
فى الكفارة الا الصوم شهرين متتابعين وعن النخعى وعطا شهر
واحد وعنه لا ظهار للعبد دون سيده ذكر ذلك فى المحلى وقال
ابن بطال فى شرح البخارى اجمعوا على لزوم ظهار العبد وقولنا
مذهب الشافعى وابن حنبل وهو مروى عن الحسن وان اعتق العبد
او اطعم لم يجزيه عندنا وهو قول الشافعى وابن حنبل لانه لا ملك له
وقال ابن القسم ان اطعم باذن المولى اجزاه وان اعتق لا يجزيه
وعند الاوزاعى يجزيان باذنه اذا لم يقدر على الصيام وكذا لو كفر المولى
بهما لا يجزيه عندنا واذا كفر بالصوم لا يمنعه المولى بخلاف النذر وكفاره
اليمين فان له منعه عنه وفى المدونه ان تضرر المولى بصومه منعه منه
وفى خزانه الاكمل لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وبه قال
الاوزاعى ومالك والدار كالخادم عنده وفى الجواهر ويجزيه
الصوم لمن يقدر على رقبه يحتاج اليها لخدمته وقال الليث
والشافعى يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتبراه بالمآ المعد
لعطشه والفرق بينهما ان المآ مامور بامساكه لعطشه
واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم هكذا رواه الشيخ ابو بكر
الرازى فى احكام القران ويرد على فرقه المسكن ويجاب بذكر
جابر انه بمنزله لباس اهله بخلاف الخادم ولو صام شهرين متتابعين
فقدر على الاعتاق فى اليوم الاخر قبل غروب الشمس يجب عليه
الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل ان يتم صوم اليوم الاخير
فان افطر فلا قضا عليه عند ائمتنا الثلثه وقال زفر يقضى وهى

معروفه وهذا قول الحسن وابن سيرين وعطا والحكم وحماد والثورى
وابى عبيد وقال قتاده والاوزاعى والليث والشافعى وابو ثور
يمضى فى صومه واختاره ابن المنذر وقال ابن حزم فى المحلى
اذا عجز عن العتق والصوم فكفارته الاطعام ابدا ايسر بعد
ذلك ام لا قوى على الصوم ام لا ومن كان موسرا عند لزوم
كفارته ثم عجز لم يلزمه غيره لا صوم ولا اطعام وان عجز عن
العتق فقدر على صوم ولم يتمهما ثم عجز عن الصوم لم يجزيه عتق
ولا اطعام ابدا ويعتبر حاله وقت ادايه عندنا وبه قال
مالك وقال ابن حنبل والظاهريه وقت وجوبه وللشافعى
اقوال وفى الاسبيجابى واليسار والاعسار يعتبر وقت التكفير
لا وقت الاعسار وفى الجواهر ان شرع فى الصوم ثم ايسر
لم يلزمه العتق وقيل ان صام يوما او يومين اعتق ولا اصل
له قلنا قد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل
فيبطل حكم البدل كالتيمم والاشهر فى العده ولو قال ان
اشتريته فهو حر عن ظهارى فاشتراه يجزيه عنه وكذا فى المدونه
ولو اعتق اجنبى عن ظهاره لا يجوز وان كان باذنه لما فيه من الزام
الولآء وفى الانوار لو اعتق اجنبى عبده عن ظهاره ولم يعلم به
جاز عند ابن القسم وقال عبد الملك لا يجزيه وقال اشهب
لا يجزيه وان كان بسواله ورغبته ولو اعتق عنه بامره لم يجزيه
عندهما وعند ابى يوسف والثورى ومالك والشافعى وابى ثور يجزيه
وعلى ما لم يجزيه بالاتفاق وقد تقدمت المسله وان اعتق عبده

عن ظهاره على مال لم يجز وان وهب المال له فـــرع ظن انه ظاهر منها فكفر عنها ثم تبين انه ظاهر من غيرها لم يجزيه عنها ذكره في جوامع الفقه والعيون وفيه ونيه كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فـــرع اعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه عنها والمستامن يجزيه ولا يجوز دفعها الى فقرا اهل الحرب وان كان مستامنا ويجوز لفقرا اهل الذمة وفيه خلاف ابي يوسف ذكره في الخزانه وفقرا المسلمين احب قـــوله واذا لم يستطع الصيام اطعم ستين مسكينا كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير والشرط والعدد بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وفي المدونه روى وهب ومطرف عن مالك مدين لكل مسكين بمد النبي عليه السلام وروى البغداديون ان مد هشام مدان بمده عليه السلام وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على مدين في فديه الاذى فالظهار مثله قال صاحب الانوار هو الصحيح وقـــال ابن حنبل يطعم مدا من بر او نصف صاع من تمر او شعير وقـــال ابو هريره يطعم مدا من جميع الانواع قلـــت التسويه بين البر والشعير بعيد جدا واحتج ابو داود عن عطا عن اوس اخي عباده بن الصامت انه عليه السلام اعطى خمسه عشر صاعا من شعير قـــال ابو داود وهو منقطع لان عطا لم يلق اوسا وترك ابن حنبل الذي صححه ابو داود على خلاف مذهبه وقد قالت زوجته وانا اعينه بخمسه عشر صاعا وعن ابن عباس انه عليه السلام جمع لاوس حين اعتق رقبه عن ظهاره

ذكره الطبري ولنا حديث سلمه بن صخر فاطعم وسقا من تمر رواه ابو داود واحمد والخلال وفي روايه ابي داود بعرق من تمر والعرق ستون صاعا رواه احمد وابو داود وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وامر الناس فمن لم يجد يستطع صاع من بر وروى الاثرم باسناده عن عمر اطعم صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من بر ذكر ذلك في المغني وقد تقدم ذلك في صدقه الفطر وجنايات الحج مستوفا وفيه ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في صدقه الفطر والزكاه فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز والمنا رطلان لان المنوين من تمر وقع بمقابله منا من بر فصار كانه منوان من بر والجنس متحد والمقصود واحد ولهذا لو ادى نصف صاع من تمر جيد يساوي نصف صاع من البر لا يجوز بخلاف الكسوه عن الطعام بالقيمه حيث يجوز فتعتبر القيمه لاختلاف المقصود وفي المدونه لا يجزي الدقيق او السويق او الدراهم فيها وفا بالقيمه قاله ابن القسم وقـــال ابن حبيب اذا اخرج الدقيق يجزيه ولا يخالفه ابن القسم وكما يجزيه الخبز يجزيه الدقيق قلـــت هذا عين القيمه وان امر غيره ان يطعم عنه عن ظهاره ففعل اجزاه قـــال لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وامره بقبضه يجوز لانه يصير قابضا للامر ثم يجعله لنفسه كذا هنا وفي ظاهر الروايه ليس للمامور ان يرجع به على الامر لانه يحتمل الهبه والقرض فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف يرجع

ويجعل قرضا لانه ادناها ضررا او رجوع بدله اليه كرجوعه فكانه
لم يخرج من ملكه بخلاف جعله هبه وهذا تعليل الكتاب لغير ظاهر
الروايه وهذا الحكم مذكور في شرح الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
ويرد على ظاهر الروايه التزوج على عبد الغير او ثوب الغير او الزوج
يحرر على زوجته امه الغير باذن مولاها فانه يجعل في هذه الصور
كلها قرضا وان كان في القرض شك والفرق ان في الاطعام معنى
القربه والصدقه غالب فيقصد بذلك الثواب والاجر دون المال
بخلاف غيره ومنهم من يقول الصدقه تقع في يد الرحمن قبل ان تقع
في يد المحتاج ولهذا لا تضر الجهالة في الصدقه لان القابض معلوم
ولهذا لو تصدق بدار يحتمل القسمة على فقيرين جاز وعلى غنيين لا
يجوز والفرق ان القابض في الصدقه معلوم دون الهبه قال
غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا اذا حصل الشبع وفي المدونه
قال ابن المواز من غدى وعشى خبز البر بالادام فلا اعاده عليه وان
اطعم شعيرا او ذره وهو ياكل القمح لا يجزيه وان اطعم شعيرا وهو ياكل
الذره جاز اذا زاد على مبلغ شبع القمح وقاله اشهب ومذهبنا
قول النخعي ومالك وقال الشافعي وابن حنبل الواجب فيه
التمليك دون الاطعام في ظاهر مذهب ابن حنبل وكان حمدان بن
سهل يقول لا يتادى الاطعام بالتمليك بل بالتمكين فقط لظاهر قوله
تعالى فاطعام ستين مسكينا والاطعام تصييره طاعما وذلك
بالاكل من طعم يطعم اذا اكل ومثله يستحب ان يطعم الانسان
قبل خروجه الى المصلى في عيد الفطر اي ياكل وللشافعي ان الاطعام

يذكر للتمليك عرفا كقوله اطعمتك هذا الطعام اي ملكتك
قاس على الزكاه وصدقه الفطر والكسوه فانه لو مكن المساكين
من الكسوه بالاعاره فلبسوا بنيه الكفاره حتى تخرقت الثياب
لا يجزيه قلنا هذا مخالف لنص القران والحديث واطعم انس
رضي الله عنه في فديه الصيام قال احمد بن حنبل وضع لهم الجفان
ذكره في المغني ولم يتكلم عليه مع مخالفه مذهبه فدل على صحته
وقال عليه السلام لكعب بن عجره في فديه الاذى اطعم ثلثه
آصع سته مساكين وقد تقدم في جنايات الحج فثبت ان التمليك
ليس بشرط وابطلوا ما ورد به الكتاب والسنه وشرطوا ما لم
يرد به وهذا لان الاباحه ثابته بالنص والتمليك فوقها في
سد خله المسكين فيتادى بكل واحد منهما والواجب في الزكاه
الايتاء بالنص وهو التمليك وفي صدقه الفطر الاداء وهو للتمليك
ايضا بخلاف الاطعام كما ذكرنا وان كان فيهم صبي فطيم لا يجزيه
لانه لا يستوفيه ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفا
الى الشبع ودونه الذره والدخن بخلاف الحنطه لان ادامها فيها
لا سيما اذا كان الخبز سخنا وانما يتوقف اكله على الادام عند
اهل الرفاهيه دون المساكين فان اعطى مسكينا واحدا ستين
يوما اجزاه وهو روايه عن ابن حنبل وان اعطاه في يوم واحد
لم يجزيه الا عن يومه لان الحاجه يتجدد في كل يوم فالدفع اليه في
اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحه من غير خلاف بين
الاصحاب واما التمليك في يوم واحد من مسكين واحد بدفوع

فقد قيل لا يجزيه قال في الذخيرة هو الصحيح وقيل يجزيه لان
الحاجة الى التمليك قد تتجدد في يوم واحد بخلاف صرف الكل بدفعة
واحدة لان التفريق بالنص ولو اعطى مسكينا واحدا عشرة اثواب
في كفارة اليمين كل يوم ثوبا حتى استكمل اجزاه وفي يوم واحد لا
يجزيه كما في الاطعام فان قيل الحاجة الى الطعام تتجدد في كل يوم
والحاجة الى الكسوة لا تتجدد الا في كل ستة اشهر او نحوها فلم يكن
الكسوة مثل الطعام قلنا اقمنا التمليك مقام الحاجة في باب
الكسوة وهو يتحقق في كل يوم واذا قام الشي مقام غيره يسقط
اعتبار حقيقته في نفسه الا ان اداء الكل دفعة واحدة لا يجوز
للتنصيص على تفريق الافعال وذلك بتفريق الايام في حق الواحد
فجعل عدد الايام في حقه كتجدد الحاجات تيسيرا والحاجة في الكسوة
دون الحاجة الى الطعام فلم يعتبر فيها عدد الدفعات في يوم واحد
واكثرهم لم يجوزوا الدفع الى واحد ستين يوما ونظروا الى صورة
العدد ولم يعتبروا المعنى قال ابن حزم لم يعمل به احد قبل ابي حنيفة
والمنع رواية عن ابي يوسف ذكرها في جوامع الفقه وفيه لو اعطى
كل مسكين نصف صاع من تمر ومدا من الحنطة اجزاه وفي الخزانة
لو اعطى كل مسكين نصف صاع من تمر نسيا وربع صاع من شعير لم يجز
وعليه تتميمه لاولئك المساكين دون غيرهم من المساكين **قوله**
فان قرب التي ظاهر منها في اثناء الطعام لم يستانف عندنا وبه قال
الشافعي وابن حنبل وقال مالك يستانف واعتبره بالصوم ونحن
نعتبره باليمين لان الله سبحانه لم يشترط في الاطعام ان يكون قبل

المسيس لكن يمتنع من المسيس قبل الاطعام لانه ربما قدر على
الاعتاق او الصيام في خلال الاطعام فيقع الاعتاق او الصوم بعد
المسيس وهو منهي عنه لمعنى في غيره لا يمنع مشروعيته في نفسه
كالبيع وقت النداء وفي الاسبيجابي يجب تقديم الاطعام على الوطي
فلو وطيها في اثنائه لا يستانف الاطعام واذا اطعم عن ظهارين
ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزيه الا عن واحد منهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجزيه عنهما وان اطعم
ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق واعتبره باختلاف
السبب والتفريق في الدفع وصار ذلك كما لو صام ستة ايام
عن يمينين ولم ينو ثلاثة ايام عن كل يمين ولهما ان النية في الجنس
الواحد لغو لان نية التعيين لتبيين المحل او لتمييز المشترك ولا
يوجد ذلك في الجنس الواحد بخلاف الجنسين فانها معتبرة فيهما
واذا لغت نية نصف الصاع والمودى يصلح كفارة واحدة لان
التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان لا لمنع الزيادة فيقع عنها
لوجود اصل النية بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية
هو بمنزلة مسكين آخر وبخلاف الصوم لانه لا يتصور وقوعه دفعة
واحدة وفي الحواشي فان قيل لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه
يصح نية التعيين ولم يجعل لغوا ولهذا احل له وطي التي عينها قلنا
افادت النية رفع حرمتها بعينها فان قيل تعلق بنية الظهارين
هنا غرض صحيح وهو رفع الحرمة عنهما فوجب ان يصح قلنا اعتاق
الرقبة يصلح كفارة عن احد الظهارين فردا او محلا فصحت نيته فاما

اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا ان كان يصلح عن الظهارين قدرا
لا يصلح لهما محلا لان محل الظهارين مايه وعشرون مسكينا عند عدم
التفريق فاذا زاد في الوظيفه ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل
احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل مسكين صاعا ومن وجبت عليه
كفارتا ظهار فاعتق رقبتين بنية الظهار ولم ينو عن احداهما بعينها
جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مايه وعشرين فقيرا
جاز عنهما لان عند اتحاد الجنس يحتاج الى اصل النيه دون نية التعيين
وان اعتق عنهما رقبه واحده او صام شهرين عنهما كان له ان يجعل عن
ايهما شا وان اعتق رقبه عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال
زفر لا يجزي ذلك في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل ذلك عن
احدهما في الفصلين وقال ابو ثور في الظهارين يقرع بينهما وايتهما
اصابتها القرعه حل له وطيها وزفر اعتبر نيته في الكل وقد اعتق عن
كل ظهار نصف العبد وقد خرج الامر من يده فلا يملك تغييره والفرق
بين الجنسين على ما تقدم واختلاف الجنس باختلاف السبب نظير
الاول لو صام يوما في قضا رمضان عن يومين يجزيه عن يوم ونظير
الثاني اذا كان عليه قضا ونذر فصام يوما عنهما لا يجزيه عن واحد
منهما ولا بد من التمييز وفي المنتقى عن ابي يوسف لو تصدق بدرهم
عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا وفي جوامع
الفقه ظاهر من اربع فاعتق عبدا عنهن وصام اربعة اشهر عنهن ثم
مرض فاطعم ستين مسكينا عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس
ونقصان الهلال يمنع وفي الخزانه صام تسعه وعشرين يوما بالهلال

وصام قبله خمسه عشر وبعده خمسه عشر جاز وقيل عنده لا يجوز
ويجب اتمامه بالعدد وفي الاشراف يجزيه بالاهله ثمانيه وخمسون
يوما وبه قال الثوري ومالك واهل الحجاز والشافعي وابو ثور
وابو عبيد وان لم يستقبل الهلال قال الزهري يصوم ستين
قال ابن المنذر واجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان من صام
بغير الاهله ان صومه ستون يوما وفي المدونه لا يجزيه صوم
ثلثين يوما واطعام ثلثين مسكينا او اعتاق نصف رقبه وفي المنهاج
يجوز اعتاق عبديه عن كفارتيه عن كل واحد نصف ذا ونصف ذا
وعندنا لا يجوز

باب اللعان

هو مصدر الرباعي من لاعن يلاعن ملاعنه ولعانا مثل ظاهر يظاهر
مظاهره وظهارا الا ان المفاعله قياس والفعال ليس بقياس ولا
يقال جالس جلاسا ولا قاعد قعادا ولا واعد وعادا ذكره ابن يعيش
في شرح المفصل واصل اللعان الطرد والابعاد ومثله في الحاوي
يقال التعن اي لعن نفسه ولاعن اذا لعن غيره ورجل لعنه بفتح العين
اذا كان كثير اللعن لغيره ولعنه بسكونها اذا لعنه الناس كثيرا
وسمي لعانا لما فيه من لعن نفسه في الخامسه وقيل سمي لعانا لوجود
لفظ اللعان فيه كالصلاه تسمى ركوعا وسجودا وسبحه لوجود ذلك
كله فيها قوله واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من
اهل الشهاده والمراه ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها المولود على
فراشه فطالبته بموجب القذف فعليه اللعان وسوا في ذلك قوله
رايتك تزنين وقوله انت زانيه عند الجمهور وبه قال الشافعي

وابن حنبل وفي نوادر ابن ابي زيد انما يجب اللعان بوجهين ان يقول
رايتها تزني كالمرود في المكحلة او ينتفي من حمل ظاهر بها بعد استبرائها
بحيضة فاكثر او يقول لم اطاها ولا يجب بقوله انت زانية او قال يا
زانية في المشهور عن ملك وفي الاكمال لعياض لا لعان في القذف
المجرد في مشهور قول ملك وهو قول الليث وابي الزناد وعثمان البتي
ويحيى بن سعيد وان فيه الحد على الزوج بكل حال قال وقال الكوفيون
والاوزاعي والشافعي وفقهاء اصحاب الحديث باللعان وهو رواية
عن ملك وفي التبصرة اختلف قول ملك لو قال زنيت ولم يقل
رأيت او قال ليس حملك مني ولم يقل استبرأتك فالصحيح انه لا
يلاعن حتى يدعي الرؤية والاستبرا وقول ملك في هذا ضعيف
لان قوله انت زانية او يا زانية او انت معروفة بالزنى رمي لها بالزنا
فيجب اللعان بالنص ولم يذكر فيه المعاينة فصار كالاجنبية والتعريض
بالزنا ولهذا يحد الزوج به عندنا واللعان في الزوجة قائم مقام الحد
فاذا وجب به الحد في الاجنبية يجب به اللعان في الزوجة للتخفيف في
حق الزوج ولان الاعمى يلاعن عندك وهو لم يرها تزني فقط وشرط
ابن القصار في لعان الاعمى ان يقول لمست ذكره في فرجها ولم يشترط
ذلك غيره ولانه لا يشترط الرؤية في نفي الحمل فكذا غيره ولو كانا
من اهل الشهادة والمراة ممن لا يحد قاذفها بان كان معها ولد لا يعرف
له اب او قد زنت في عمرها ولو مرة او وطيت وطيا حراما ولو مرة
لا يجب اللعان ذكره الاسبيجابي ثم الاصل ان اللعان عندنا شهادات
موكدات عن الخامسة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف

في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة وقيل هو شهادة عندهما
وعند محمد فيه معنى اليمين حتى لو تلاعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما
حتى مات الحاكم او عزل فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما عندهما
لانه شهادة ولا يستقبل عند محمد لان فيه معنى اليمين وفي الروضة
الفاظ اللعان شهادة لفظا ومعنى عندهما وعند محمد يمين
وفي رواية عنه في معنى حد القذف وفي خزانة الاكمل ايهما
نكل عن اليمين حبس واجبر حتى يلتعن وهذا على خلاف قولهم ان
اللعان شهادة فان النكول لا يستعمل في الشهادة وقد صرح
باليمين ووجوب حد القذف اذا كذب نفسه بعد اللعان يرد
قولهم اللعان قائم مقام حد القذف في حق الزوج فلو كان كذلك
يجتمع حدان بقذف واحد والجمع بين الاصل والبدل بعد حصول
المقصود بالبدل وكذا يلتعنان بعد اللعان فلو كان اللعان كالحد لم
يجز اللعان بعد اللعان كما لم يجز بعد الحد لعدم اهلية الشهادة ولو
قذف زوجاته الاربع يلاعن لكل واحدة ومرادهم انه لا يصار الى حد
القذف مع اهلية اللعان لقيامه مقام حد القذف وقوله وهما من
اهل الشهادة اي على المسلم هكذا في جوامع الفقه وفي حواشي الكتاب
معنى قوله من اهل الشهادة اي اهل ادا الشهادة وبطل لعان الاعمى
فانه ليس من اهل الادا على ما ياتي والظاهر من اقوال الايمة الثلثة
ايمان قال الماوردي في الحاوي يمين احدهم اربع ايمان بالله انه
لمن الصادقين فعبر عن اليمين بالشهادة وزعم ان حمله على الشهادة
فاسد لان شهادته لنفسه مردودة ويمينه لها مقبولة والذي يدل

على انها شهادات لا ايمان قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
اذ لا يجوز ان يكون المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم لان احدا لا
يحلف عن غيره وانما يحلف عن نفسه ولا يجوز احلافه عن غيره والاجماع
منعقد على ان المراد بالشهدا من يشهد لا من يحلف وقوله ولم يكن لهم
شهدا الا انفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه فلا يجوز ان
يكون المستثنى حلفا مع ان المستثنى منه شهدا وهم الذين قامت بهم
الشهادة لا اليمين وقوله فشهادة احدهم اربع شهادات بالله لم يخل
من ان يكون الاتيان بلفظ الشهادة والحلف في كل مرة منها سوآ
اولا بعد ان يكون حلفا ولما كان الاتي بلفظ الحلف واليمين مخالفا
للاية والسنة وكان المقتصر على الحلف واليمين مخالفا للكتاب
والسنة الا ان يورد بلفظ الشهادة لم يكن يمينا ولان الله تعالى
شرط اربع شهادات قايمة مقام اربع من الشهدا لا اربع من الايمان
اذ لا معنى لتكرير الايمان ولو قال احلف مكان اشهد لم يجز
وهو الصحيح من مذهب الشافعي ولو كان يمينا فقد اتى بحقيقة
اليمين المامور بها فما المانع من جوازها وقوله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة وكذا قوله ويدرا
عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات فاذا صح ذلك قلنا الركن
الشهادة المؤكدة باليمين عملا بحقيقة اللفظ الذي نطق به القران
وكذا السنة على ما ياتي قال ابن حزم في المحلى قد روينا عن
الشعبي ان الشهادة للذي يلاعن وفي حديث ابن مسعود من
رواية مسلم وابي داود يشهد الرجل اربع شهادات بالله انه من

الصادقين وفي مسلم والنساي فدعا هلالا فشهد اربع شهادات
بالله انه لمن الصادقين الحديث وقال الماوردي تاويل
ابي حنيفة خطا لان من قال بحقيقة لفظ الشهادة لم يكن قوله
تاويلا بل التاويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالاجتهاد الفاسد
ويعطل القران والحديث وشهادته لنفسه مقبوله غير مردوده
الا عند التهمه قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو ولا تهمه
في الاية لان هذه الشهادة باذن الله سبحانه وتعليمه وشرع رسوله
ومن يرم قول العلما بالفساد ولم ينل معشار ما اوتوا ولم يدن
من درجة اصغرهم جدير بان يقال بل يترك فلو تادب لتادبنا
معه وفي التبصرة المالكية لو كانت الزوجة حرة مسلمة والزوج
نصراني ولاعن فنكلت لم تحد بلعان الكافر وهو يبطل دعواهم
انه ايمان اذ هو من اهل اليمين لا من اهل الشهادة فاعتبروا
فيه الشهادة دون اليمين وقالوا ايضا لو قذف نساه الاربع
بكلمة واحدة قال الابهري يلاعن لكل واحدة بمنزلة الشهادة
ولو اتى بالشهود للزم ان يشهد على كل واحدة فكذا اللعان بخلاف
اليمين ثم انهم لا يقضون بالنكول في الاموال ويقضون به في الدما
والرجم وفساده وتناقضه واضح وزعموا انها ترجم بنكولها مع
ايمان الزوج كرد اليمين اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من
اهل الشهادة لان الركن فيه شهادة ولا بد ان يكون هي ممن يحد
قاذفها مع اهلية الشهادة لانه قايم مقام حد القذف في حقه
فلا بد من احصانها وفي التنبيه ان كانت زانية عزر ولم يلاعن

مع النكول على اصلهم وهو فاسد ممنوع
وبيان فساده انه رد اليمين عندهم
يكون بعد النكول وهنا الايمان
تقدمت على النكول ولم يمكن
هذا من قبل رد اليمين بعد
النكول لعنها وفي النسبة
لو قذفها ولم يلاعن محدود حد
ثانيا لم يلاعن وعزر رجم

على ظاهر المذهب وفي التبصره فان لاعن وهي نصرانيه لم يجب
عليها اللعان وليست النصرانيه داخلة تحت قوله تعالى ويدرا
عنها العذاب والمراد بها المسلمه فاذا كان اللعان يمينا عندهم
فلا مانع منه ولو التعب اختلفوا في وقوع الفرقه به وفي التنبيه
يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل وفي المبسوط شرطه اهليه
الطلاق عند الشافعي وابطله بان الفرقه به عندنا ليست طلاقا
بل هي تحريم موبد فلا معنى لاشتراط اهليه الطلاق ومنهم من
اشترط اهليه اليمين لان الفاظ اللعان ايمان عنده وهو منقوض
بالزانيه وكذا قول صاحب التنبيه فالحاصل ان مذهب مالك
والشافعي مضطرب غير جار على قانون واحد ويجب بنفي ولدها
عنه لانه يصير قاذفا لها ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره
بالوطي بالشبهة والنكاح الفاسد لان الاصل نسبة الولد الى
النكاح الصحيح والفراش الصحيح كما لو نفى اجنبي نسبه عن ابيه
المعروف والفاسد والشبهه ملحقان به فنفيه عنه قذف
حتى يثبت الملحق به وفي جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت
معها رجلا يجامعها فليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع بشبهه
والنكاح الفاسد فقد حملوا الوطي على الملحق به ولم يجعلوه قذفا
بالزنا فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك لانه لم يصرح بالزنا ك
قوله ويشترط طلبها لانه حقها فكان كساير
حقوقها وعليه الايمه الثلاثه الا ان يكون بنفي الولد فان له
ان يطلب لاحتياجه الى نفي نسب من ليس نسبه منه وهو طاهر عنه

الشافعي فانه يجوز عفوها واسقاطها وفي المحلى لابن حزم يجب
على الحاكم ان يجمعهما في مجلس طلبت ذلك اولم تطلب وطلب هو ذلك
اولم يطلب ولا راي لهما في ذلك ويدل عليه قوله عليه السلام
لعويمر العجلاني فاذهب فات بها وفي حديث هلال بن اميه
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ارسلوا اليها فارسلوا اليها
فجاءت وصاحب الحق لا يطلب لطلب حقه وقال عليه السلام
لهلال ايت باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك ولم يروا انها
طلبت من النبي عليه السلام ذلك وفي التنبيه الاصح انه لا يلاعن
الا بطلبها وفي المغني يشترط طلبها كحد القذف الا ان يكون بنفي
الولد فالطلب منه وقوله فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد حد القذف لان ذلك بعد طلبها حق واجب
عليه لما فيه من معرة نسبتها الى الزنا ولحوق الشين بها وهو
قادر على ايفائه فيحبس حتى ياتي به ويزول ذلك عنها وبدا بالزوج
لانه القاذف لها والرامي به والمدعي عليها فاذا لاعن وجب عليها
اللعان والاصل فيه النص المتلو في سورة النور فان امتنعت
حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه قال في الينابيع وفي
بعض النسخ او تصدقه فتحد وهو غلط لان بالاقرار مرة واحدة
لا تحد وكذا لو صدقت اربع مرات لا تحد لان التصديق ليس
باقرار بصريح الزنا فلا يحد انتهى كلام صاحب الينابيع وفي
الذخيره لو صدقته المراه فلا حد ولا لعان وفي جوامع الفقه
لو صدقته المراه في المجلس اربع مرات يسقط اللعان ولا حد عليها

وفي الحاوي اللعان عند الشافعي غير واجب عليه ولا عليها فاذا لاعن
لا يجبر المراه على اللعان فان لم يلاعن حد للقذف وان لم تلاعن هي رجمت
للزنا بعد الدخول بها ولعانه تسقط عنه حد القذف ولعانها
تسقط عنها حد الزنا وزعموا ان منها يوجب حد القذف
على الزوج وجعل له اسقاطه عنه باللعان تخفيفا عنه ويوجب
حد الزنا على الزوجه وتسقط عنها التعانها وتعلقوا بقوله تعالى
ويدرا عنها العذاب الايه وفي المقدمات يجب بلعان الزوج
ثلثه اشيا قطع نسب الولد واسقاط الحد عنه وايجاب الرجم
على الزوجه ان لم تلاعن قلت وما كفى اسقاط الحد
عن نفسه بيمينه حتى يوجب على غيره بقوله الرجم ولم يرد به كتاب
ولا سنه ولا قول يعول عليه في الشرع في اثبات الرجم الذي لا
يثبت الا بشهاده اربعه عدول يشهدون انهم راوه يزني بها كالميل
في المكحله اوكالمرود في المكحله والكتاب والسنه ينفيان ان يجب على
احد حد او مال بقول الفاسق لاسيما ما لا يثبت الا بقول اربعه عدول
ولا يجوز ان يكون وجوب حد الزنا عليها بامتناعها من اللعان لانه
امتناع من اليمين عندهم ومن الشهاده عندنا وذلك لا يوجب
حدا بالاجماع ولا يحلف عليه ولا مالا عندهم ولا يقضون بالنكول في
المال فكيف يقضون به في النفس ونزول ايه اللعان اسقط عنه طلب
اقامة البينه على صدقه فكان مسقطا لوجوب الحد كما اسقط الالزام
بالبينه وعن الحسن البصري اذا ابت المراه الالتعان حبس حتى تلتعن
ولا يجوز اقامة حد الزنا عليها بترك اللعان اذ ليس في الاصول

ايجاب الحد بالنكول وقوله تعالى ويدرا عنها العذاب ان تشهد
اربع شهادات بالله الايه اي عذاب الحبس عنها وعذاب الاخر
الثابت في اذهان الناس بقول الرامي لها لظهور كذبه بالتعانها
كما قال هلال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها الحديث
رواه البخاري وابو داود قوله واذا كان الزوج
عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد
وهو قول الشعبي والزهري والاوزاعي وحماد ومكحول وعطا
والنخعي وفي روايه عن ابن حنبل لا يصح اللعان الا من زوجين حرين
مسلمين غير محدودين في قذف وذكر القاضي من الحنابله في المجرد
في الامه والذميه والمحدوده في الزنا لزوجها لعانها في نفي الولد
خاصه ذكر بعض ذلك في المحلى واكثره في المغني ولان اللعان شهادات
على ما تقدم ولا شهاده لهولا وعند عدم اهليه الشهاده الواجب
فيه حد القذف وانما يعدل الى اللعان بشرط اهليه اللعان فلم يوجد
وفي حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال اربع من النسا ليس بينهن وبين ازواجهن
لعان اليهوديه والنصرانيه تحت المسلم والحره تحت المملوك والمملوكه
تحت الحر رواه الشيخ ابو بكر الرازي والدارقطني وفيه ليس بين
المملوكين ولا الكافرين لعان وذكره ابو عمر بن عبد البر ايضا وضعفه
ورواه الدارقطني من طرق ثلث وضعفه والضعيف اذا روي من
طرق يحتج به لما عرف وصوره المسلمة تحت كافر ان تكون قد
اسلمت فقدمها قبل ان يعرض عليه الاسلام وان كان هو من اهل

الشهادة وهي امة او كافرة او محدوده في قذف او كانت ممن لا يحد
قاذفها بان كانت مجوسيه او كان معها ولد لا يعرف له اب وقد م
تقدم او كانت صغيرة او مجنونة او قال زنيت قبل ان تخلقي فلا
حد عليه ولا لعان لعدم اهلية الشهاده والاحصان في جانبها
وامتناع اللعان لمعنى من جهتها يسقط حد القذف عنه كما لو
صدقته على الزنا لا يحد حد القذف هو ولا حد الزنا هي كما تقدم
وقد ذكرنا الحديث قبل هذا ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لمعنى
لان امتناع اللعان من جهته لانه حين ادعى ذلك لم يكن من اهل الشهاده
قال عليه السلام يجلد هلال بن اميه ويبطل شهادته رواه
ابو بكر الرازي ولان الفاعل مقدم على المفعول وجودا ورتبة
وهو الاصل ايضا والفاعل لا يستغنى عنه ولهذا لا يجوز حذفه
والمفعول يستغنى عنه ولهذا يجوز حذفه ولان اضافة الحكم الى
الموجب اولى من اضافته الى المانع ولان الاجنبي المحدود في القذف
لو قذف محدودا في قذف يحد فكذا الزوج المحدود في القذف لان
المخصوص من ايه الجلد الزوج الذي له اهلية الشهاده بخلاف
ما لو كانا رقيقين حيث لا يجب حد ولا لعان لعدم الاحصان واهلية
الشهاده وفي الخزانه المسلم اذا كان تحته كتابيه او محدوده او امه
او مدبره او مكاتبه فقذفها بالزنا لا حد عليه ولا لعان ولكن يعزر
اسواطا ومثله في المبسوط وفي جوامع الفقه ان كان الزوجان
محدودين في قذف يجب عليه الحد وهو كالعبد يقذف محدوده يجب
عليه الحد وان كانت امة او ذمية وهو مسلم فقذفها ثم

اسلمت او عتقت لا يجب عليه الحد ولا اللعان فان قذفها بعد ذلك
يلاعن والفسق والعمى لا يمنعان اللعان لانهما من اهل الشهاده
وامتنع الادا لمانع ولو شهد اربعة فساق سقط الحد عنها وعنهم
ولو كانوا عميانا او حدوا لعدم اهلية الادا وفي الينابيع لو كان
الزوج فاسقا او اعمى يجب اللعان لان لهما شهادة والفايت في
الاعمى الادا وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان الاعمى لا يلاعن
ذكره في الروضه وفي المرغيناني اذا لم يكونا اهلا للشهاده
حد الزوج وكان ينبغي ان لا يحد لان اعتبار جانبها يمنع الحد فلا
يجب بالشك ولا سيما ان الحد يدرا بالشبهه لكن القذف يكون
من الزوج وهو الموجب ولا معتبر بالمانع من جانبها بدون الاهليه
من جانبه وفي المنافع ركن اللعان الشهادات الصادرة منهما
وشرطه قيام الزوجية بينهما وسببه قذف الزوج زوجته دون
العكس حتى لو قذفته تحد واهليته من كان اهلا للشهادة
عندنا وعند الثلثة الايمة من كان اهلا لليمين ويرد عليه ان المراه
قد يكون اهلا للشهادة ولا يكون اهلا للعان على ما تقدم والتاكيد
باليمين لا يخرجه عن الشهاده وانما افردت الخامسه لانها ليست
من الشهادات وفي المبسوط اقام الشافعي كلمات اللعان مقام اربعه
من الشهود وجعلها موجبه لحد الزنا عليها جلدا او رجما ان لم تدرا
عن نفسها عذاب الحد باللعان قال وهذا عجب من الشافعي فانه
لا يقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلثه عدول فكيف يوجب الحد
عليها بشهادته وحده او بيمينه وحده اربع مرات اذا لم تلاعن وعند

لا نشترط اهلية الشهادة بل الشرط عنده اهلية الطلاق فاذا
كان اهلا له كان من اهل اللعان قلـــــنا وهذا تناقض لانه جعل
كلمات اللعان شهادات في وجوب الحد عليها بها ولم يشترط اهلية
الشهادة ولا معنى لاهلية الطلاق عنده فانه تحريم مؤبد عنده
فلا معنى لاشتراط اهلية الطلاق وعندنا شهادته مع ثلاثة
مقبولة اذا لم يكن بالزنا وفي نوادر ابن ابي زيد لو شهد اربعة
احدهم زوجها حد الثلثة وان علم بعد رجمها لم يحد الثلثة ولاعن
الزوج فيها لنـــا ان شهادة الزوج على الزوجية مقبولة
بالاجماع اذا عريت عن التهمة وهنا لا نفع له وعليه ضرر عظيم
لانه يلحقه به عار ومعرة ويتصل به ويزول عصمته ولا
يسقط شي من حقها كما لو شهد عليها بالقتل العمد وفي المنافع
كان ينبغي ان اللعان اذا امتنع لعدم اهلية الشهادة من احدهما
ان يجب الحد لان اللعان بدل عن الحد عند اجتماع اهلية الشهادة
فاذا تعذر البدل فالاصل باق يصار اليه لانه الموجب الاصلي
والبدل العارض عند استجماع الشرايط فقال لا مانع في حقه لانه
اهل اللعان فلا يجب عليه الحد قال ـــــــ وصفة اللعان ان يبتدي
القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المراه اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن
الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها

ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا يقيم الحاكم الرجل بين
يديه ويامره ان يقول اربع مرات الى اخرها ويامر المراة ان يقوم
ويقول اربع مرات اشهد بالله انه من الكاذبين الى اخرها والقيام
ليس بشرط وفي المحيط لو كان الزوج حد حد القذف كله او بعضه
فقذف امراته يجب عليه الحد لانه يكمل وباقامة بعض الحد لا
يسقط عدالته لكنه يكمل ويقيمه الحاكم كالحد وتفسيره هو
شهادات مؤكدة مزكاة بالايمان موثقة باللعن والغضب وصورته
ان يقوم الزوج فيقول اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها من
الزنا اربع مرات ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين
فيما رميتها به من الزنا ويقوم المراه ويقول اربع مرات قايمة
اشهد بالله انه لكاذب فيما رماني به من الزنا ويقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا
وفي الذخيرة يقيمهما القاضي متقابلين بين يديه وقت
الالتعان وقال في الاصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم
ويقول اربع مرات اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها به من الزنا
وفي الخامسة لعنة الله عليه ان كنت كاذبا فيما رميتها به من الزنا
ثم تقوم الزوجة فتقول اربع مرات اشهد بالله انه لكاذب فيما
رماني به من الزنا وفي النشف يقيم الرجل حتى يحلف بالله الذي
لا اله الا هو وحده لا شريك له اربع مرات انه لمن الصادقين فيما
رماها به من الزنا او من نفي الولد ثم يقيم المراه فتحلف بالله الذي
لا اله الا هو وحده لا شريك له ان زوجها من الكاذبين فيما رماها

به من الزنا او من نفي الولد والخامسه ان يقول ان غضب الله عليه
ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وفي الاسبيجابي
والخامسه ان يقول ان لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها
به من الزنا وتقول المراه في الخامسة ان غضب الله علي ان
كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا او من نفي الولد وفي
الاسبيجابي اذا رافعته الى القاضي ينبغي للقاضي ان يقول لها
اتركي وانصرفي وان انكر فاقامت عدلين ثبت ولا يثبت برجل وامراتين
وليس لها بينه على قذفها ولو اقام الرجل رجلا وامراتين على تصديقها
سقط اللعان وفي المحلى اذا لم يات الزوج بالبينه قيل له
التعن فيقول بالله اني لمن الصادقين بالله اني لمن الصادقين بالله اني
لمن الصادقين بالله اني لمن الصادقين هكذا يكرر بالله اني لمن الصادقين
اربع مرات ثم يامر الحاكم رجلا يضع يده على فيه ويقول له انها موجبه
فان ابى فانه يقول وعلي لعنة الله ان كنت من الكاذبين فيسقط عنه الحد
لها فان لم يلتعن لها حد حد القذف فاذا التعن قيل لها ان التعنت
والا حددت حد الزنا فتقول هي بالله انه لمن الكاذبين بالله انه لمن
الكاذبين بالله انه لمن الكاذبين بالله انه لمن الكاذبين تكرر بالله انه
لمن الكاذبين اربع مرات ثم تقول وعلي غضب الله ان كان من الصادقين
ويامر الحاكم من يوقفها عند الخامسه ويقول هي موجبه لغضب الله
تعالى فاذا قالت ذلك برئت من الحد للزنا وعن ابي حنيفه رضي الله عنه
يقول فيما رميتك به من الزنا بكاف الخطاب وهو روايه الحسن
عنه لان هاء الغيبه محتمله ووجه الظاهر ان مع الاشاره لا يحتمل

غيرها ويجمع فيه اذا اتى بتعريف فهو اولى وفي التنبيه يسميها ان ٤٥
كانت غايبه ويشير اليها ان كانت حاضره وقيل يجمع بينهما وانكر
السرخسي فقال لا معنى لذكر الاسم والنسب مع الحضور وفي التنبيه
يقول في الخامسة وعلي لعنة الله ان كنت من الكاذبين وفي المنهاج
لو بدل الشهادة بحلف او نحوه او الغضب بلعنه او العكس او ذكر
ذلك قبل تمام الشهادات لم يصح على الاصح قال
فاذا التعنا لم تقع الفرقه بينهما حتى يفرق الحاكم بينهما الى اخر ما ذكر
اعلم ان اهل العلم اختلفوا في هذه المسئله اختلافا شديدا فنحن
نذكر ها هنا مواضع الخلاف فذهب ابو عبيد الى انها تحرم عليه
حرمه موبده بنفس القذف وهو شذوذ منه وذهب جابر
ابن زيد وعثمان بن سليمان البتي وجماعه من اهل البصره الى انه
لا تقع الفرقه بينهما وهي زوجته وانما يسقط به الحد والنسب
وهذا مقابل للمذهب الاول وذهب الشافعي الى انه تقع الفرقه
بينهما بفراغ الزوج من التعانه قال الشيخ ابو بكر الرازي
قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف قلت ذكر في
المقدمات انه ظاهر قول مالك في موطاه وقول عبد الله بن عمرو بن
العاص في المدونه وقول اصبغ في العتبيه في الذي يتزوج في العده
فياتي بولد فيلاعن احد الزوجين انها تحرم ابدا على الذي لاعنها ولم
يلاعنه وبه قال سحنون وقال ابن حزم في المحلى قول الشافعي
تقع الفرقه بلعان الزوج وحده وينتفي الولد به قول لانها زوجه وما قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها الا بعد التعانها

والمذهب الرابع تقع الفرقه المويده بينهما بالتعانهما وهو قول زفر والمشهور من مذهب ملك واصحابه وبه قال ابو ثور وهو روايه عن ابي عبيد ذكره ابن المنذر في الاشراف وذلك مروي عن ابن عباس واختاره ابن المنذر وهو قول ابن حنبل الا انه يقف على تفريق الحاكم على ما ياتي في ظاهر قول الخرقي والمذهب الخامس لابد من تفريق القاضي ويكون تحريما مؤبدا وبه قال ابو يوسف وهو روايه عن ابن حنبل والمذهب السادس ان اكذب نفسه ردت اليه زوجته وهي روايه حنبل عن ابن حنبل وهي روايه شاذه والمذهب السابع ترد اليه ما لم تنقض عدتها وبه قال سعيد بن جبير والمذهب الثامن ان لم يطلق الزوج طلقها عليه الامام ثلثا ويرجع اليه بعد زوج وهو قول ابن لبابة من المالكيه وقالوا انه في كتاب ابن شعبان والمذهب التاسع استحب ابن نافع وعيسى بن دينار من المالكيه اظهار الطلاق بعد اللعان لحديث عويمر على ما ياتي والمذهب العاشر لا يقع بفراغهما شيء ولا بد من تفريق الحاكم وهي طلقه باينه فاذا اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب يحل له ان يتزوجها ولن طلقها هو طلاقا باينا يكتفي به وهذا قول ابي حنيفه ومحمد والثوري وسعيد بن المسيب وابرهيم النخعي ذكرهما ابو بكر بن ابي شيبه في مصنفه والشعبي ذكره ابن حزم في المحلى وعبيد الله بن الحسن واشهب في التبصره ومحمد بن ابي صفره وعبد العزيز بن ابي سلمة ذكرها القاضي عياض في الاكمال لنا حديث ابن عمر ان النبي

عليه السلام لاعن بين رجل وامراته فانتفى من ولدها ففرق بينهما والحق الولد بامه رواه البخاري في هذا لفظه ومسلم وعنده ان رجلا لاعن امراته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق رسول الله بينهما والحق الولد بامه وعن سعيد بن جبير عن ابن عمر في حديث طويل وذكر فيه لعانهما ثم فرق عليه السلام بينهما اخرجاه في الصحيحين وعن سهل بن سعد الساعدي في خبر المتلاعنين قال فطلقها ثلث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله سنه رواه ابو داود وعن سهل بن سعد الساعدي ان عويمر بن الحرث العجلاني وفي سنن ابي داود عويمر بن اشقر جا الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له يا عاصم ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي يا عاصم رسول الله عن ذلك فسال عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله المسايل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله فقال عاصم لعويمر لم تاتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المساله التي سالته عنها فقال عويمر والله لا انتهي حتى اساله عنها فاقبل عويمر حتى جا رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فات بها قال فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا

من لعانها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها
ثلثا قبل ان يامره رسول الله قال ابن شهاب وكانت تلك سنة
المتلاعنين رواه البخاري ومسلم ومالك في الموطا وابو داود وابن
ماجه وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانا ابن خمس عشرة سنة وفرق رسول الله
صلى الله عليه وسلم بينهما حين تلاعنا وهذه الاحاديث الصحاح
كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما
وكذا انفاذ طلاقه الثلاث وجميع ذلك بعد التعانهما ولم يرد في
الحديث انه فرق بينهما قبل لعان المراة عند فراغ لعان الرجل
قال ابو جعفر الطحاوي قول الشافعي خلاف القران والحديث
ويبتني على قوله ان لا تلاعن المراة اصلا لانها ليست زوجة
عند لعانها وقال عياض قوله قبل ان يامره رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقتضي وقوع الفرقة بغير حكم وهو قول كافة العلما
قلت بل ذلك يقتضي انه عليه السلام يامره به
فاستعجل وطلق قبل ان يامره بالطلاق او يفرق بينهما كما ورد في
عامة الاحاديث ولا يدل بوجه ان الفرقة تقع بفراغها بغير تطليق
منه ولا تفريق من الحاكم وقوله وهو قول كافة العلما خطا في اللفظ
والحكم اما الخطا في اللفظ فلان استعمال لفظة الكافة لا تكون
الا حالا نص على ذلك جماهير اهل اللغة وما جاء غير حال فغلط او
شاذ واما الخطا في الحكم فلان ذلك ليس قول كافة العلما كما
زعم بل هو قول من عشرة اقوال كما تقدم واضحا وتعلقت

الشافعية لاباحة ارسال الثلاث جملة بحديث عويمر بن اشقر العجلاني
المتقدم وفيه فطلقها ثلثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه
وسلم ولم ينكر عليه السلام فيقال لهم فقد قال فيه كذبت
عليها يا رسول الله ان امسكتها ولم ينكر عليه ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعندكم قد حرمت عليه حرمة مؤبدة بلعان الزوج وحده
فهلا انكر ذلك عليه ولم لا قال امساكها محال عليك ومن القبيح
ان يتعلق الانسان ببعض الحديث ويترك بعضه الذي هو حجة عليه
وقد نهى عليه السلام عن ايقاع الثلث جملة في غيره واحتجاج عثمان
البتي بطلاق عويمر لا يصح فانه عليه السلام فرق بين المتلاعنين في
حديث ابن عمر وحديث ابن عباس وحديث سهل بن سعد قال سهل
فكانت سنة لمن كان بعدهما ان يفرق بين المتلاعنين وقال عمر رضي الله
عنه المتلاعنان يفرق بينهما وقوله انها الموجبة اي يوجب لعنة الله
وغضبه وزعموا ان معنى تفريق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين
المتلاعنين اعلامهما بوقوع الفرقة بينهما وهو غلط وتحريف للحديث
لان التفريق ايقاع الفرقة بينهما ولو كان ما قالوه صحيحا لقال اعلمهما
بوقوع الفرقة ولم يكن في قول الراوي وهو سهل بن سعد فطلقها ثلث
تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود
معنى وفايدة وهو يبطل قولهم وهذا لان الزوج بلعانه امتنع
من الامساك بالمعروف لان بعد تلاعنهما لا يبقى اسباب المودة
وحسن الصحبة بينهما فناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان
دفعا للظلم عنه فكان تطليقه بائنا كما في العنين فادل عليه قول

ذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق ثلثا قاله بعد لعانهما قلت
ولفظه كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلثا قبل ان
يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه تحالف بين الزوجين
عندهم فلا ينفسخ النكاح الا بالقضا كما في التحالف في البيع وفي
الذخيرة قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا الجواب على قول
ابي يوسف فانه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع
والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضا قال شيخ الاسلام ما ذكره
من الجواب مستقيم على قول ابي يوسف ايضا لان المذهب عند علماينا
ان النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو
وطيها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الامر او لم يشتبه
نص عليه محمد في نكاح الاصل والفرقة في النكاح الفاسد لا تقع الا
بتفريق القاضي او الزوج وفي الاسبيجابي الزوجية قايمة بينهما بعد
تلاعنهما قبل التفريق حتى جاز ظهاره وطلاقه وايلاوه ويجري
التوارث بينهما ولو امتنعا من اللعان او امتنع احدهما فالقاضي
يجبرهما على ذلك بعد ثبوت اللعان فان تلاعنا ثم سالا القاضي
ان لا يفرق بينهما لم يجبهما وفي الذخيرة وحكمه حرمة الاستمتاع
اذا فرغا من اللعان من غير حكم القاضي حتى ان بعد التلاعن لا يحل
لاحدهما الاستمتاع بالاخر نص عليه محمد ذكره في المنتقى والحرمة
بقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وفي اباحة
الاستمتاع اجتماعهما فيحرم وذكر الصفاقسي عن سعيد بن
المسيب وابن جبير ومحمد بن الحسن انه انما تقع باللعان تحريم

الاستمتاع فاذا اكذب نفسه ارتفع التحريم وعادت زوجة ان
كانت في العدة قال والحديث حجة لابي حنيفة رضي الله عنه
ونقله عن محمد بن الحسن غلط وعنده اللعان تطليقة باينة كما
ذكره صاحب الكتاب ولو اكذب نفسه قبل التفريق حلت له
من غير تجديد النكاح لابي يوسف ولمن قال بقوله قوله عليه
السلام في حديث سهل بن سعد قال ومضت السنة بعد في المتلاعنين
ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا رواه ابو داود ومثله عن علي
وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني فقد نص على التابيد
ولابي حنيفة ومن قال بقوله ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد
الرجوع لا حكم لها في حق الراجع ويرتفع اللعان به بدليل انه يحد
ويثبت نسب الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من اقامة
الحد انتفا اللعان وكذا لا يبقى اللعان مع ثبوت النسب والمتلاعنان
لا يجتمعان ما داما متلاعنين وهو كقوله تعالى ولا تصل على احد
منهم مات ابدا اي ما دام منافقا وكقولهم المصلي لا يتكلم اي ما بقي
مصليا وروى ايضا عن ابن عمر عن النبي عليه السلام انه قال المتلاعنان
اذا تفرقا لا يجتمعان ابدا رواه الدارقطني ولم يبق التلاعن ولا حكمه
بعد اكذاب نفسه فيجتمعان مع ان الشيخ ابا بكر الرازي قال لا
يصح ذلك عن رسول الله قوله ولو كان القذف
بنفي ولد نفى القاضي ولده والحقه بامه فيامر الحاكم الرجل فيقول
اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وتقول
هي اشهد بالله انك من الكاذبين فيما رميتني به من نفي ولدي لو قذفها

بالزنا وينفى الولد ذكر الامرين في اللعان ثم ينفي القاضي الولد
ويلحقه بامه وذهب قوم الى انه يلاعن بينهما ولا ينفى نسب الولد
المولود على الفراش بالنفي ولا بما سواه وهو قول ابرهيم وابن معقل
وموسى وتعلقوا بقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر
اخرجاه وللجمهور حديث ابن عمر ان رجلا لاعن امراته فانتفى
ولدها ففرق بينهما والحق الولد بالمراه رواه الجماعه وقوله في الكتاب
لما روى انه عليه السلام نفى ولد امراه هلال بن اميه عن هلال والحقه
بها سهو ولم يكن لامراه هلال ولد عند التعانهما وانما حدث الحمل
وظهر بعد ذلك بيانه في حديث ابن عباس وهو ان هلال بن
اميه الواقفي قذف امراته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
بشريك بن سحماء فقال عليه السلام البينة او حدا في ظهرك قال
يا رسول الله اذا راى احدنا على امراته رجلا ينطلق يلتمس البينة
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حدا في ظهرك
فقال هلال والذي بعثك بالحق اني لصادق فينزل الله ما يبرئ ظهري
من الحد فنزل جبريل وانزل عليه والذين يرمون ازواجهم الى اخر اية
اللعان فانصرف النبي عليه السلام فارسل اليها فجاء هلال فشهد
والنبي عليه السلام يقول ان الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما من
تائب ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا
انها موجبه قال ابن عباس فتلكأت ونكصت حتى ظننا
انها ترجع ثم قالت لا افضح قومي ساير اليوم فمضت فقال عليه
السلام ابصروها فان جاءت به اكحل العينين سابغ الاليتين خدلج

الساقين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال عليه السلام ٤٩
لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شان رواه البخاري وابو داود
والترمذي وابن ماجه قال ابو داود وهذا مما تفرد به اهل المدينه
وعن عكرمه عن ابن عباس قال جاء هلال بن اميه وهو احد الثلثه
الذين تاب الله عليهم من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فراى
بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى اصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم الحديث ففرق عليه السلام بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها
لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وقضى ان
لا بيت لها عليه ولا قوت من اجل انهما يتفرقان من غير طلاق
ولا متوفى عنها وقال ان جاءت به اصيهب اريصح اثيبج حمش
الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج
الساقين سابغ الاليتين فقال عليه السلام لولا الايمان لكان
لي ولها شان قال عكرمه فكان بعد ذلك اميرا على مصر
وما يدعى لاب وفي اسناده عباد بن منصور قال المنذري
وقد تكلم فيه غير واحد وكان قدريا داعيه وكان اول رجل لاعن
في الاسلام وفي لفظ وكان اول لعان في الاسلام وهكذا كله دليل
على ان القذف انما وقع بالزنا لا بنفي ولدها وشريك هو ابن عبدة
ابن مغيث حليف الانصار وسحماء امه نسب اليها قال البيهقي
في السنن الكبير وكان شريك ياوي الى منزل هلال ويكون عنده
وفي التفسير كانت زوجة هلال خولة وكان شريك نزيله والحديث
رواه ابو داود وابن حنبل وفي حديث عويمر بن الحرث وفي سنن

ابي داود عويمر بن اشقر انه عليه السلام قال ان جآت به احمر
قصيرا كانه وحرة فلا اراها الا قد صدقت وكذب عليها وان
جآت به اسود اعين ذا اليتين فلا اراه الا قد صدق عليها فجآت
به على النعت المكروه رواه البخاري ومسلم وفيه ذلكم التفريق
بين كل متلاعنين ومعنى قوله عليه السلام ارى على ما لم يسم فاعله
بمعنى اظن وليس الحاقه بامه لاجل شبهه بالزاني بل باللعان
حتى لو كان شبهه بصاحب الفراش يقطع ايضا بعد اللعان ويلحق
بامه ونفيه والحاقه بامه يتضمنه التفريق بالقضا لانه المقصود
باللعان وفي المغني ومدار نفي الولد في اللعان وهو قول الشافعي
واختيار القاضي وعند بعضهم ينتفي نسب الولد بنفس
اللعان وفي حديث ابن عمر ففرق رسول الله بينهما والحق الولد
بالمراة اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي
وابن ماجه وهو يبطل قول من قال ان بنفس اللعان يلحق الولد
بامه وفي الذخيره لا يشرع اللعان في المجبوب والخصي
ومن لا يولد له لانه لا يلحق به الولد قلت هذا غريب
والمجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده ولو سلم ما ذكره
فعار الزنا ونسبتها اليه يوجب اللعان والوحرة دابة اذا
دبت على اللحم افسدته وهي كالوزغة وكان الرجل مصفرا سبط
الشعر ليس بجعد قطط والسبوطة في الشعر اكثر ما يكون في
شعور العجم وهي مذمومة عند العرب والجعد والقطط محمودان
وقوله لم يهجه اي لم يزعجه ولم ينفره والارضح خفيف الاليتين

والشج ما بين الكاهل ووسط الظهر وحمش الساقين دقيقهما
وخدلج الساقين عظيمهما والجمالي تشبيه خلقه بخلق الجمل
لعظمه وفيه قال ابصروا فان جآت ادعج العينين والدعج شدة
سواد العين مع سعتها وفي اخر ان جآت به قضي العينين فهو
لهلال وهو طويل شعر العينين وهو موضع نبات الاهداب وعن
ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته
من نسب الاب لانه ينفك عنه كما لو كان القذف بعد موت الولد
فانه يفرق بينهما ولا ينفي نسب الولد ذكره في الذخيره لانه
مستغن عن النسب وفي المبسوط لو مات ولد الملاعنة عن مال
فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويضرب الحد وان ترك ابنا او بنتا
يثبت نسبه من الاب ويرثه الاب لاحتياج الباقي الى النسب
ولو كان الولد الميت بنتا ولها ولد فاكذب نفسه يثبت عند
ابي حنيفه وقيل الجواب بالعكس لا يثبت عنده ويثبت عندهما
ابو حنيفه يقول الولد يعير بانتفا نسب امه كابيه فهو محتاج
الى ثبوت نسبها ليكون كريم الطرفين وفي جوامع الفقه
ولو مات الشاهدان او غابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي
المال يقضى بينهما دتهما بخلاف ما لو عميا او فسقا او ارتدا حيث
يلاعن بينهما والوطي الحرام بشبهة او بالنكاح الفاسد يسقط
احصانه خلافا لابي يوسف رجع اليه وقال هو ملحق بالوطي
الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة به ولا لعان في النكاح
الفاسد ولا في الوطي بشبهة عندنا لان الزنى خص من الجلد

الازواج والزوجات ولا زوجيه فيهما ولهذا لا ميراث بينهما
وقال الشافعي وابن حنبل يجب اللعان فيهما اذا كان ينفي
الولد وعند ابي يوسف يجب فيهما الحد واللعان لالحاقهما
بالنكاح الصحيح ولو قذفها بالزنا ثم طلقها ثلثا سقط اللعان
ولا يجب الحد وكذا لو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود
ولو قال انت طالق ثلثا يا زانيه يجب الحد دون اللعان
لزوال الزوجيه عند القذف وهو قول الشافعي قال
ابن المنذر هكذا اقول ولو قال يا زانيه انت طالق ثلثا
فلا حد ولا لعان كما تقدم وهو قول الثوري وزفر ولو قذف
اجنبيه ثم تزوجها وقذفها ثانيه يجب الحد بالاول واللعان بالثاني
ويحد للاول ليسقط اللعان لانه في معنى الحد فيدرا بها فان طلبت
اللعان اولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه
يكتفى فيها بحد واحد لاتحاد الجنس ولو قذف زوجاته الاربع بكلمة
واحده يلاعن لكل واحده منهن وفي الاجنبيات يكفي حد واحد
وكذا لو قذف زوجته مرارا ذكر هذه المسايل هنا في المبسوط
والمحيط وهي تاتي في باب حد القذف ان شا الله تعالى ولو اعترف
بوطي امته لا يلزمه ولدها عندنا الا بالدعوى وبه قال الثوري
وعند الثلثه اذا اعترف بوطيها بعد الاستبرا ويلزمه ولدها وياتي
في باب الاستيلاد ان شا الله وفي احد قولي الشافعي ينفي باللعان
وهو بعيد واتفقوا على انه لا لعان في القذف بغير ولد وفي النكاح
الفاسد اذا تلاعنا بنفي الولد لا تثبت التحريم المويد في احد الوجهين

٥١

عند الحنابله وتركوا قوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا
وكذا لو لاعن اجنبيه يظنها زوجته فانها لا تحرم ولو ابان زوجته
ثم قذفها بالزنا واضافه الى حال قيام النكاح وبينهما ولد يريد
نفيه يلاعن في الاصح ولا لعان وبه قال ملك والشافعي وعندنا
يحد ولا لعان وهو قول عطا وعند ابن عباس ويروى عن الحسن
والبتي لا يلاعن لاضافته الى وقت قيام الزوجيه وعند الشافعي
وابن حنبل لا يلاعن الا لولد ولا تثبت الحرمه المويده في احد
الوجهين ذكر ذلك كله في المغني ولو قذف مطلقته الرجعيه
يلاعن وبه قال ابن عمر وجابر بن زيد والنخعي والزهري وقتاده
وملك والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد والظاهريه لانها
زوجه وقال ابن عباس يحد ولا يلاعن وان قذف زوجته
ثم ابانها فلا حد ولا لعان عندنا وقد تقدم وهو قول حماد بن ابي سليمان
وعند ابن عباس يلاعن وبه قال الحسن والقسم ومكحول ومالك
والشافعي وابن حنبل وابن المنذر وقال الحرث العكلي وجابر
ابن زيد وقتاده والحكم يحد وفي جوامع الفقه لو اضافه الى
زمان ماض فهو قذف في الحال فان قال قذفتك قبل ان
اتزوجك او قال زنيت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال
وهو قول الحسن وزراره بن ابي اوفى وقال ملك والشافعي يحد
وهو مروي عن ابن المسيب والشعبي قال كل من يحفظ عنه
ان الرجل اذا قذف امراه ثم تزوجها انه يحد ولا يلاعن وفي خزانه
الاكمل لو قال زنيت قبل ان اتزوجك فعليه اللعان ولو قال

قذفتك قبل ان اتزوجك يحد قال ابن المنذر ولا فرق والفرق
ان قوله زنيت قذف في الحال سوآ كان زناها من قريب او بعيد
وقوله قذفتك بالزنا قبل ان اتزوجك ليس قذفا في الحال وانما
هو اخبار بالقذف قبل التزوج فاذا كان القذف قبل التزوج
لم يكن قذفا في الحال كما لو قامت به بينه لكن حظهم من العلم
التعلق بالظواهر دون الغوص في المعاني ولو سلم عدم الفرق
فليس فيه كبير امر وهو محمول على روايتين فيهما كما تقول الشافعيه
بالنقل والتخريج ولو قال ان تزوجتك فانت زانيه فلا حد
ولا لعان فيه عندنا وبه قال الشافعي وابو ثور وكذا لو وطيت
وطئًا حرامًا فقذفها فلا حد ولا لعان وبه قال الثوري
والشافعي وابو ثور وابو عبيد وابن المنذر ولو قذفها ثم زنت
او وطيت حراما لا حد ولا لعان عندنا وكذا عند الشافعي وقد
كان يقول اذ هو بالعراق يلاعن ويحد وهو قول ابي ثور واختاره
ابن المنذر ولو فرق القاضي بعد التعانهما ثلثا خطا نفذ تفريقه
عندنا وعند زفر وبقية الايمه لا ينفذ ولا ينفذ بالمرتين اجماعا لان
الاكثر باق ولو فرق بعد التعانه وحده ينفذ لانه مجتهد فيه ولو
بدا بلعان المراة فقد اخطا السنه ولا يجب اعادته وبه قال مالك
وقال الشافعي واشهب وابن حنبل يجب اعادته ولو قال لها
يا زانيه فقالت لا بل انت تحد هي اولا ويسقط اللعان لان قذفها
اياه يوجب الحد ويسقط اللعان بردتها وان اسلمت بعدها لا يعود
وفي المرغيناني لو قذف امراته ثم ابانها حتى سقط اللعان ثم اكذب

نفسه بعد ذلك لم يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها
وفي الذخيره لو قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها اجنبي
بالولد يحد الاجنبي بالولد يحد الاجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي
بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه قوله
فان عاد الزوج واكذب نفسه حد القاضي لاقراره بوجوب
الحد يقال اكذبه اذا نسبه الى الكذب مثل اكفره اذا نسبه
الى الكفر وحل له ان يتزوجها عند ابي حنيفه ومحمد على ما تقدم وهو
قول سعيد بن المسيب وابن جبير والحسن والشعبي والنخعي
لانه لما حد لم يبق اهلا للشهادة لقول الانصار الان يضرب
رسول الله صلى الله عليه وسلم هلال بن اميه وتبطل شهادته
في المسلمين ذكره محمد بن عبد الواحد في احكامه فلم يبق اهلا للعان
فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به
لما قلنا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهليه اللعان من جانبها
وهو محمول على انها زنت فحدت قبل الدخول بها مايه جلده لانها
بعد الدخول حدها الرجم او دخل بها وهما او احدهما على غير صفه
الاحصان بان دخل بها وهي امه او ذميه ثم اسلمت او اعتقت
الامه بعد الدخول قبل اللعان وبذلك يعرف معنى قوله وهما على
صفة الاحصان وزناها مرة في العمر يسقط احصانها وذكر الحد
وقع اتفاقا ولعله يشتهر زناها كما لو كان معها ولد لا يعرف له اب
وقيل فحدت اي زنت زنا موجبا للحد وقيل زنت اي قذفت
فحدت وفي الوجيز زنت او قذفت فحدت ولم يشترط الحد

تم القذف

في زناها واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونه فلا لعان بينهما
لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا واللعان حلف عن حد القذف
فلا يلاعن الزوج ولان فعلها ليس بزنا لعدم الخطاب في حقها
وبه قال الشافعي وفي المدونه يلاعن بقذف التي لم تبلغ المحيض
ولا تلاعن هي لانها لا تحد بنكولها وفي الاشراف ان كانت يجامع
مثلها يحد وفي المغني ان قذفها وهي بنت تسع سنين فعليه الحد
وتطالبه اذا بلغت وله اسقاطه باللعان وبدون التسع يعزر
وفي المحلى اذا قذف الصغيرة او المجنونه فلا لعان ولا حد قال
ابن حزم لان الزنا لا يكون منهما اصلا لانه معصيه لشرع واسقاطه
عن القاذف حين تيقن كذبه خطا والحد بنص القران واجب على
كل من رمى بالزنا قلت كلامه يشبه كلام الممرورين
فانه يقول لا يكون منهما زنا اصلا لما ذكرتم يقول يجب عليه الحد
لرميها بالزنا وهو تناقض لانه اذا لم يكن فعلها زنا اصلا كيف
يكون ذكر فعلها زنا حتى يوجب عليه حد القذف بالزنا هذا هوس
ولو قال لها زنيت وانت صبيه او مجنونه وجنونها معهود
فلا حد ولا لعان ولا يجعل قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا
بخلاف قوله زنيت وانت ذميه او مملوكه او منذ اربعين سنه
وعمرها عشرون سنه حيث يقتصر ذكره في الجامع وكذا لو كان الزوج
صغيرا او مجنونا لعدم اهليه الشهاده وقذف الاخرس لا يتعلق به
اللعان ولو خرسا بعد اللعان قبل التفريق او احدهما او ارتدا
واكذب نفسه او قذف فحدا او وطيت وطيا حراما فلا حد ولا تفريق

وهو قول ابن حنبل حكاه ابن المنذر عنه وعن ابي عبيد واسحق
ابن راهويه وهو قول الشعبي والاوزاعي قال ابن قدامه
ولذلك ينبغي لان اللعان يفتقر الى الشهاده فلم يصح من الاخرس
كالشهاده في الاموال ولان اللعان يدرا بالشبهه والاشاره
ليست صريحه كالنطق ولا تخلو عن تردد واحتمال فلا يجب به الحد
كما لا يجب على اجنبي بشهادته وعند مالك والشافعي والظاهريه
وابي الخطاب من الحنابله يصح قذفه ويلاعن بالاشاره واعتبر
مالك والشافعي اللعان والحد ونفي النسب بوقوع طلاقه وصحه
بيعه وسائر تصرفاته التي تثبت بالشبهه واستحسن ابن قدامه
القول الاول وفرق بان الحد لا يجب بدليل فيه شبهه كالشهاده
على الشهاده لا تقبل في الحدود وتقبل في سائر الحقوق والنسب
يثبت بالشبهه ولا ينتفي بالشبهه ولهذا لا تقبل شهادته ولفظه
الشهاده في اللعان شرط وكذا عند الشافعي على الصحيح فلا
ياتي من الاخرس وتعلقوا بان امامه بنت ابي العاص اصمتت
فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فراوا انها
وصيه ولا حجه فيه فانه لم يذكر الراوي ولم يعلم قول من يكون
قوله حجه ولا يلزم من تجويز الوصيه لمن اعتقل لسانه بالاشاره
جواز حدها واعترض ابن القصار على قولنا انه يشترط
فيه القذف بصريح الزنا بالقذف بما عدا العربيه فانه لم يوجد
القذف بصريح الزنا مع هذا يجري اللعان بكل لسان وهو غلط فان
صريح الزنا يوجد بكل لسان فتشبثوا بما لا يعول عليه وهو ان

رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر وهو جنب فاشار اليهم ان
اثبتوا مكانكم وكذا اشار الى ابي بكر في الصلاة قلنا هذا جهل
عظيم منهم فالنبي صلى الله عليه وسلم اشار مع القدرة على
النطق فليجوز لعان القادر على النطق بالاشارة وبقوله عليه
السلام بعثت والساعة كهاتين وقياسهم على مثل هذا جهل
منهم او عدم تامل لان ذلك تذكير وموعظة ولا يترتب عليه
حكم قوله واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا
لعان بينهما عند ابي حنيفة وزفر الا ان ينفيه ثانيا بعد الولادة
او يقول زنيت وهذا الحمل من الزنا وحكاه ابن عبد البر عن
ابن الماجشون وهو الصحيح من مذهب احمد وهو قول الحسن
البصري والثوري وفي الاشراف روي ذلك عن الشعبي وعمر بن
عبد العزيز وبه قال ابن ابي ليلى وابو ثور وقال ابو يوسف
ومحمد ومالك وعبد العزيز واشهب لا يلاعن حتى تلد لاقل من ستة
اشهر وهو قول ابي حنيفة الاول وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه
يلاعن قبل الولادة وعن مالك واصحابه فيه ثلثة اقوال ذكره
في الاكمال يلاعن اذا ادعى رويه الزنا واستبراء معا ويلاعن في
الحمل من غير استفسار ولا يلاعن ان لم يدعه الا ان تلد لاقل من ستة
اشهر وعند الشافعي وداود يلاعن في الحال وعن الشافعي قول اخر
انه لا يلاعنها الا ان يقذفها ذكره في الاشراف وذكر عن ابي حنيفة
انه لو نفى حمل امراته وقال هو من الزنا فلا لعان ولا حد وفي خزانة
الاكمل لو نفى ولدها وقال انه من الزنا فلا لعان ولا حد عند ابي حنيفة

وفي المجتبى الحامل ينفي ولدها عنه باللعان وبعد وضعه لا ينفى باللعان
وهذا الحكم على دين الله وخلقه وكيف يكون الولد للفراش بعد الوضع
ولا يكون قبله وهو ظاهريه محضه مثل قولهم البول في الماء ينجسه
وان بال رطلا في اناء ثم سكبه في الماء لا ينجسه وفي حديث ابن عمر انه
عليه السلام لاعن بين رجل وامراته والحق الولد بالمراة رواه
الجماعة وقد تقدم وفي التنبيه ان قذفها وانتفى عن حملها فله ان
يلاعن وله ان يؤخر الى ان تضع احتجوا لجواز اللعان بنفي الحمل بحديث
ابن عباس ان هلال بن امية قذف امراته عند النبي عليه السلام بشريك
ابن سحماء وفيه فقال عليه السلام ابصروها فان جاءت به اكحل العينين
الحديث وقد ذكرناه فدل على ان التعانهما انما كان بنفي الحمل قال
ابو عبيد انكار الحمل من اشد القذف واللعان له لازم كان حملا ام لا
وابو يوسف ومحمد يقولان اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت
القذف تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف وابو حنيفة
يقول اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال
ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان
قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا للقذف لصريح الزنا
ولم ينف القاضي عندنا وقال الشافعي ينفيه لانه عليه السلام نفى
الولد عن هلال وقد قذفها حاملا لانه عليه السلام قال ان جاءت
به اصيهب اريصح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال ولنا ان
الاحكام لا تترتب عليه الا بعد وضعه لتمكن الاحتمال قبله قال
ابو الحسن ابن بطال في شرح البخاري عن عبد الله بن ابي صفرة

الصحيح ان القاذف لزوجته عويمر بن الحارث العجلاني وهلال بن امية خطا ومثله عن محمد بن جرير الطبري قال ابو عبد الله اظن الغلط من هشام بن حسان والقصة واحدة ولو كانت قصتين لم يتوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم في الثانية وقد ثبت انه توقف حتى نزلت الا ان يكونا معا رتس وذكر ابو الفرج بن الجوزي ان احمد انكر لعان هلال بالحمل وقال انما اخطا وكيع فقال لاعن بالحمل وانما لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما جا فشهد بالزنا ولم يلاعن بالحمل ولو كان اللعان بالحمل مسقطا من الزوج غير لاحق به اشبهه او اشبه المرمي به الا ترى انها لو وضعته ثم نفى ولدها وكان اشبه الناس به انه يلاعن بينهما ويفرق ويلزم الولد امه ولا يلحق به لشبهه به فدل على ان اللعان لم يكن بنفي الولد حال كونه حملا وعن ابي هريرة رضي الله عنه قال جا رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من بني فزارة فقال ان امراتي جات بولد اسود فقال عليه السلام هل لك من ابل قال نعم قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق قال ان فيها لورقا قال فانى تراه قال عسى ان يكون عرق نزعه قال وهذا عسى ان يكون نزعه عرق اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وهذا الرجل هو ضمضم بن قتادة وقيل ان للمراة جدة سودا قال المنذري واسناده غريب جدا وقوله نزعه عرق اي جذبه الى الشبه من خرج شبها له والعرق هنا الاصل من النسب والاورق من الابل الذي في لونه بياض الى سواد فلما لم يرخص عليه السلام في نفيه لعدم شبهه به وكان الشبه غير دليل ثبت ان جعل النبي عليه السلام ولد الملاعنة من زوجها ان جات به على شبهه دليل على ان اللعان لم يكن بنفي الحمل وفيه ان جات به على نعت كيت وكيت فهو لشريك بن سحما ولا يكون الولد للزاني لما ثبت من قوله وللعاهر الحجر وهو من رواية عباد بن منصور عن عكرمة وهو ضعيف واه كما ذكرناه فيما تقدم قال الشيخ ابو بكر الرازي وفيه اشيا ليست من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هي مدرجة ولم يرخص عليه السلام للاعرابي في نفيه عنه لعدم الشبه به ولا يجوز نفي النسب بالشبهة والشبه قال والصحيح ان هلال بن امية قذفها بالزنا لا بنفي الولد كما تقدم عن ابن حنبل ومحمد بن جرير وابن ابي صفرة وفي شرح الكردري اجمع اصحابنا على ان النسب لا ينفى وهو حمل للشك في وجوده وفي البدايع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب الحبل لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمنع بالشبهة والشبهة تمنع اللعان لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة كما في الوطء بالشبهة فلا يقاس على العيب وقول ابي عبيد انكار الحمل من اشد القذف ليس بشي فضلا ان يكون اشد لانه يحتمل ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة وبالنكاح

الفاسد وبالوطي مكرهة او مجنونة ثم بزوال جنونها وكلامه يحتمل
او مجازفة ولو تصادقا ان الولد ليس بابن لصاحب الفراش لا
يصدقان على قطع نسبه الا باللعان وبه قال الشافعي واكثر
الرواة عن مالك ذكره في المدونة وحكى قولنا ابو بكر الرازي
وذكر عنه ان بعد تصديقها على انها زنت ينقطع اللعان عندنا
وعند الشافعي يلاعن لرفع الفراش قلنا رفع الفراش بين وبقي
النسب بدون اللعان يرده القران وعنه ينفى بلا لعان
ويحد الزوجة وهو قول الليث وهذا غلط لانه ليس باقرار
منها بالزنا لاحتمال غيره وفي المدونة لو اقرت بالزنا ثم رجعت
لها ذلك وقيل بعد اللعان تحد لان الفاظ اللعان اربعة كاربعة
شهداء فتارة يجعلونها ايمانا وتارة شهادة فقد تناقض كلامهم
في ذلك وفي المدونة ايضا لا تحد الكافرة ان نكلت او اقرت بعد
لعان الزوج وقد تقدم قوله واذا نفى الزوج
ولد امراته عقيب الولادة او في الحال التي تقبل التهنية وتبتاع اله
الة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت
النسب منه وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس
وفي جوامع الفقه لو نفاه بعد الولادة بسنة وجب اللعان
ولا ينقطع نسبه الا ان يكون بعدها بيوم او يومين وذكر
ابو الليث عن ابي حنيفة الى ثلثة ايام وقيل تسعة ايام رواه
رواه الحسن عن ابي حنيفة وضعفه السرخسي وقال نصب المقدار
بالراي لا يكون وعندهما في مدة النفاس ولو قبل التهنية او سكت

او اشترى ما يحتاج الصبي اليه لا ينقطع ويستحب النفي اذا علم انه
ليس منه وفي المبسوط لا اجل له ان سكت بعد الولادة عن نفيه
وتقبل ويبتاع على ما لم يسم فاعله عرف ذلك بشان المبسوط
ذكره في المنافع قلت لانه لو كان يبتاع الة الولادة يثبت
نسبه ولا يصح نفيه بعد ذلك وقال مجاهد وشريح يجوز
للزوج ان ينفي ولده متى شا وعند الشافعي متى امكن نفيه بالمرافعة
الى الحاكم فلم ينفه لزمه نسبه وبه يقول ابو عبيد وابو ثور
وابن المنذر وفي المبسوط مدة النفاس وهي اربعون يوما
كحالة الولادة بدليل انها لا تصوم ولا تصلي وفي الاسبيجابي
اقصى مدة النفاس وابو حنيفة يقول لا بد له من مدة التامل
والنظر كيلا يكون نفيه بغير حق وهو حرام بالحديث وقبول
التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه الة الولادة او مضي
ذلك الزمان من غير نفي دليل التزامه وان قدم بعد مضي مدة النفاس
فعند ابي يوسف له ان ينفيه الى سنتين اعتبارا بمدة الرضاع
لانها من احكام الطفل والولادة ايضا عند فوات مدة النفاس
وعند محمد الى اربعين يوما اعتبارا بمدة النفاس وفي الاسبيجابي
لو كان الزوج غايبا فيكون الخبر كحضرة الولادة فهو على الاختلاف
ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه قد ذكر في غير رواية الاصول
انه لا ينقطع ويلاعن روي عن ابي يوسف وعن محمد انه ينفيه الى
اربعين يوما كما اذا بلغه في الحولين وفي المحيط لو قدم بعد الولادة
فالمعتبر مقدار مدة النفاس كحالة الولادة وروي عن ابي يوسف

انه ان قدم قبل الفصال فهو مقدر بمدة النفاس وان قدم بعد ما فليس
له نفيه لانقطاع اثر الولاده وفي المبسوط ان قدم قبل من الفصال
فله ان ينفيه الى اربعين يوما وبعدها لا ينفيه لانه يقضى عليه
بنفقته في ماله الذي خلفه ولو جاز له ان ينفيه بعدها لجاز له ذلك
بعد ما صار شيخا وهذا قبيح وفي الينابيع عندهما له نفيه الى
اربعين يوما وهو مدة النفاس وان كان غايبا فقدم فله ان ينفيه
الى اربعين يوما عن ابي يوسف بعد قدومه ذكره ابو جعفر
الطحاوي اذا قدم قبل الحول وبعد الحولين لا ينفيه ابدا وذكر
الفقيه عنه ان ينفيه بعد القدوم الى سنتين وقال محمد رحمه الله
له نفيه الى اربعين يوما من حين قدومه فان بلغه الخبر في مدة
النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة ومحمد وذكر
في غير روايه الاصول عن ابي يوسف اذا بلغه الخبر بعد تمام
الحولين لا ينفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى
اربعين يوما حين بلغه الخبر يلاعن بينهما ويقطع نسبه منه
قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد وهما التوأمان
يكون بينهما اقل من ستة اشهر وقد تقدم في باب الرجعة
الطلق التوأم على كل واحد وكل واحد لا يستغني من الاخر وحده
وجمعه توائم وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة كرخال فنفى الاول
واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما خلقا من ماء واحد ووجد
الزوج حد القذف لانه اكذب نفسه باعترافه بالثاني فانه
اعتراف بالاول بعد النفي ايضا لانهما لا ينفصلان في ثبوت النسب

وان اعترف بالاول ونفى الثاني ثبت منه ولاعن لانه قاذف لها بنفي
الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار
كانه قال عفيفة ثم قال هي زانيه وفيه التلاعن ولانه لو
قال هي زانيه ولم يعترف بعفتها يلاعن فاذا اقر بها ثم قذفها
كان اولى ومثله في المبسوط وفي المحيط اتت بتوأم فاقر
بالاول ونفى الثاني يلزمه الولدان ويلاعن لانه قذف امراته
بالزنا حين نفى الثاني وهذا اذا نفى الولد وقذفها بالزنا بان
قال زنيت وهذا الولد من الزنا فاما اذا نفى ولم يقذفها بالزنا
فلا لعان وان نفى الاول واقر بالثاني ثبت نسبهما ويحد الحد
لانه قذفها بالزنا بنفي الاول واكذب نفسه بالاقرار بالثاني والملاعن
اذا اكذب نفسه يحد فان نفاهما ثم مات احدهما او قتل لزماه لانه
لا يمكن نفي نسب احدهما الذي هو الميت لانه تناهى بالموت واستغنى
عنه ولا حكم يترتب عليه بعد الموت والباقي لا يفارقه واما اللعان
بسبب الحي فقد ذكر في الاصل انه يلاعن وذكر الكرخي في مختصره خلافا
فقال عند ابي يوسف لا يجب اللعان وعند محمد يجب لانه قذف امراته
بالزنا لما ذكرنا واللعان ينفصل عن نفي الولد كما لو لم يكن هناك
ولد ولابي يوسف ان القذف انعقد موجبا لعانا يقطع النسب
فلا يلاعن على خلاف ما وجب ولو ولدت احدهما ميتا فنفاهما
لاعن بالاتفاق ولزمه الولدان وان ولدت ولدا فنفاه ولاعن
به ثم ولدت اخر يوم لزماه لان القاطع للثاني لم يوجد وهو اللعان
ولا يجوز نفيه الا ان المراة ليست بمنكوحة الحال فيثبت نسبه

ومن ضرورته ثبوت نسب الاول ولو قال هما ولداي لا حد عليه لانه
صادق اذ هما ولداه حقيقة ولو قال ليسا ابني فهما ابناه ولا
يحد لان الحاكم نفى احد ولديه ونفيه نفيهما من زوجة فلم يكونا ولديه
من زوجة وان قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها به يحد لانه
صرح بتكذيب نفسه فارتفع اللعان ووجب الحد وفي النوادر
ذكر الحسن عن ابي حنيفة ان امراة جاءت بثلثة اولاد في بطن واحد
فنفى الثاني واقر بالاول والثالث يلاعن وهم بنوه وان نفى
الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد
اذا اقر به ونفاه ثم اقر يلاعن ويلزمه وان نفاه ثم اقر به
فانه يحد ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل يكون
اقرارا بالكل كمن قال يده مني او رجله كان اقرارا بثبوت
نسب بعض المولود منه وانما وجب اللعان في الصورة الاولى
لصحة النفي لانه باقراره للاول اثنى عليها وبالثاني قذفها فكان
قاذفا محصنة فلزمه اللعان كما لو قال لم تزن ثم قال لها زنيت
فاما اذا نفى الاول واقر بالثاني فبالنفي الاول صار قاذفا لها وبالاقرار
الثاني صار راجعا مكذبا نفسه فلزمه الحد وكذا في الواحد وفي
المغني التوامان يكون بينهما اقل من ستة اشهر ومثله في المدونة
عن مالك واذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك وهو قول
الشافعي قال ابن قدامة وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار
الرد بالعيب يعني انه يبطل بالسكوت ونقله عنه غلط وانما
ذلك مذهب الثاني يبطل مذهبه بالحمل فانه لا يبطل بالسكوت

وزعموا ان الفرق بينهما ان ضرر الحمل لا يتحقق في الحال وليس بصحيح
فانه يجب به النفقة والسكنى والكسوة وقالوا ان الحمل يترتب
عليه احكام الموجود حتى صححوا نفيه وقطعوا النسب باللعان
واستدلوا عليه بالرد بالعيب فان هنئ به فامن على دعايه
لزمه وكذا ان قال احسن الله جزاك او بارك الله لك او
رزقك الله مثله لزمه الولد وكذا عندنا وقال الشافعي
لا يلزمه وفي كل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك
عند الائمة الاربعة واصحابهم وقال الحسن البصري له
ان يلاعن لنفيه ما دامت امه عنده وان قال ليس هذا الولد
مني او ليس ولدي ولم يذكر زناها فلا لعان ولا حد وكذا لو قال
اكرهت على الزنا لا حد ولا لعان في هذه المواضع وكذا لو وطئت
بشبهة او نفى نسب ولد امته فانه لا يشرع فيها اللعان بالاتفاق
فبطل قولهم في النكاح الفاسد يشرع اللعان لضرورة نفي النسب
وفي المحيط لو نفى ولد زوجته وهما في اللعان لا ينتفي وكذا لو كان
العلوق في حال لا يجب اللعان بينهما بان كانت كتابية او امة ثم
اعتقت او اسلمت فانه لا يلاعن ولا ينفي نسبه وفي الارشاد
يشترط في نفي الولد ان يكون المراة من اهل الشهادة من حين
العلوق الى حين الوضع حتى لو كانت امة او كتابية حين العلوق
ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لا يصح نفيه وفي المحيط ان قال
هذا الولد ليس مني ولم ينسبها الى الزنا لم يلاعن لجواز ان يكون
الولد من غيره بوطء بشبهة او تزوج نفسها من غيره وفي مختصر

الكرخي يلاعن كما لو نفاه عنه اجنبي فانه يحد لان الاصل الولد من نكاح
صحيح والفاسد ملحق به وقد تقدم ولو ولدت بعد اللعان
الى سنتين لزمه الولد وان لم تكن عليها عدة تلزمه ما بينه
وبين ستة اشهر لانه مطلق حكما ولو لاعنها بولد ثم ولدت
الى سنتين لزمه لانها معتدة وتقبل شهادته عليها بالزنا
مع ثلثة وفيه خلاف الايمة الثلثة وقد ذكرت وان قذفها
ثم شهد مع ثلثة بالزنا لا تقبل لانه تسقط عنه اللعان
الواجب عليه وان شهد مع ثلثة غير عدول فلا حد ولا لعان
ولا على الشهود ولو قذف رجل امراة بالزنا فقال الزوج
صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد ولا لعان لانه ليس
بصريح في القذف لانه يحتمل التصديق في كونها زوجته الا ان
يقول صدقت هي كما قلت فيكون قاذفا فرع لو عين
الذي رماها به وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنا وبه
قال ملك وقال الشافعي لا يحد لان في حديث هلال بن امية
تعين الزاني ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان فيه
ضرورة ولنا ان نص الكتاب ولا حجة له في حديث هلال لان
شريك بن سحما لم يكن حاضرا ولا طلبه بحقه والطلب شرط بالاتفاق
وقوله فيه ضرورة لا وجه له اذ لا حاجة في ذلك الى تعيينه لحصول
مقصوده بذكر الزنا مواخذة وفي الحاوي قال الشافعي
رمى العجلاني امراته بابن عمها او ابن عمه شريك بن سحما هكذا
نقله المزني عن الشافعي وهو غلط والقاذف امراته بشريك

ابن سحما انما هو هلال بن امية وقولهم موجب القذف
وجوب الحد وانما تسقط الحد عنه باللعان باطل بقذف الامة
والذمية فانه يلاعنها عند الشافعي ولا حد لو كانا اجنبيين
ولو قال ما هذا الحمل مني ولم اصبك وانت لست بزانية فلا
حد ولا لعان وهو يبطل قولهم انه محتاج الى اللعان لنفي الحمل
ولو قذفها في الدبر يحد ويلاعن عنده وفي الروضة لو
زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن سقط اللعان عند ابي حنيفة
وحل له وطيها واختلفوا في قوله عليه السلام والله يعلم ان
احدكما كاذب هل فيكما من تايب هل كان ذلك بعد تلاعنهما وهو
الظاهر او قبله وهو قول الداودي قاله تحذيرا لهما وزعم بعضهم
ان شريك بن سحما كان يهوديا قال الخطابي هذا خطا بل هو
شريك بن عبدة بن مغيث بلوي حليف الانصار اخو البراء بن ملك
لامه وقصة عويمر بن الحرث العجلاني كانت في شعبان سنة تسع
من الهجرة عند منصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من تبوك
الى المدينة وفي حديثه دليل على ان من وجد مع امراته رجلا
فقتله يقتل به فانه عليه السلام لم ينكر عليه قوله فيقتلونه
قال الطبري وهكذا حكم علي رضي الله عنه وعن عمر وعثمان
رضي الله عنهما انهما اهدرا دمه وهو محمول على اقامة البينة
بصحة ما ادعاه وحكي ان الحجاج بن يوسف الثقفي كان نازلا
بقرب بحر واسط قبل عمارتها بجيشه فرأى نصرانيا راكبا حمارا
فراث حماره فنزل النصراني فجمع روثه واخذ موضع بوله فرماه

في البحر فقال الحجاج ايتوني به فجي به فقال له ما حملك على ما
فعلت فقال النصراني عندنا هذا المكان يبنى فيه بيت من بيوت
الله يعبد الله فيه فبنى الحجاج جامعه فيه وبنى واسطا وقال
اعلم اني لا اسكنه ولا احد من ولدي وكان انسان هناك
قريب عهد بحوله على اهله فقالت له هنا انسان شامي من
جند الحجاج ياتي كل وقت الى الباب ويطلب ما لا يكون وانا في
شدة منه فقال لها زوجها اذا جا اشيري عليه بالدخول
فجا على عادته فاشارت بالدخول فكمن له زوجها فقتله فلما
اصبح قال لها زوجها اذا طلبك الحجاج اصدقي له فانه
يحب الصدق فلما كان بعد ذلك ظهر القتيل في بيتها وطلبها
الحجاج فصدقت في قضيته قال هذا قتيل الله دمه هدر
فاطلق المراه وفعل الحجاج لا يحتاج الى تكلف تاويل بخلاف
قول عمر وعثمان رضي الله عنهما مسئله اذا اقام الزوج
البينه على صدقه في قذفها سقط عنه اللعان وحدت وهو
قول داود الظاهري واصحابه وقال عياض في الاكمال
يلاعن عند ملك والشافعي قلت عند الشافعي ان لم
يكن معها ولد فلا لعان وكذا مع الولد في الاصح لنا نص القران
في قوله تعالى ولم يكن لهم شهدا وكذا الحديث وفي الاشراف
اختلفوا في الرجل يطلق امراته ثلثا ثم يظهر بها حمل فينتفي منه
قال عطا والنخعي يجلد ويلزق به الولد وهو قول اصحابنا وقال
الحسن يلاعنها في العدة وهو قول ابن عباس وعند ابن حنبل يلاعنها بالحمل

السابع

وان قذفها بالزنا من غير حمل لا يلاعن وعندنا لا لعان في البائن لا في
العدة ولا في غيرها ويحد وهو قول ابن عمر وبه قال جابر بن زيد
والنخعي والزهري وقتاده والشافعي واحمد واسحق وابو عبيد
وحكى هذا القول عن ملك والثوري واهل الحجاز واهل العراق
واختار ابن المنذر واجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان
القذف قبل الدخول يوجب اللعان واختلفوا بعد اللعان
ماذا يجب لها من الصداق فعندنا يجب لها نصف الصداق
وهو قول الحسن وسعيد بن جبير وقتاده وملك واختار ابن
المنذر وقال ابو الزناد والحكم وحماد بن ابي سليمان شيخ
ابي حنيفه يجب لها الصداق الكامل وقال الزهري لا صداق
لها لنا ان التفريق بينهما طلاق قبل الدخول على ما تقدم
وموجبه نصف الصداق ولو قال زنيت مكرهه او زنا
بك صبي فلا حد ولا لعان عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل
وقال ابو ثور في الاول يحد ويلاعن لانه يقال للمكرهة
زنا بك وفي المبسوط لو انكر القذف فاقامت بينه يلاعن
كالاقرار وقال ابن ابي ليلى يلاعن كما قلنا ويحد قال لان انكاره
بمنزلة اكذاب نفسه فيقام عليه الحد فايده في حديث
العجلاني خرجت حاملا فكان الولد يدعى الى امه ومعلوم ان
الام لا ينتفي عنها ولدها واختلف فيه وفي قوله فالحق الولد
بامه قيل معناه قطع عنه نسب ابيه وابقى عليه امه وقيل
جعلت ابا واما حتى كان ميراثه كله لامه لقيامها مقامهما وقيل

لها الملك لا غير والباقى لمن يستحقه بالفريضة او التعصيب وقيل ميراثه لبيت المال وضبط القابسى العجلانى بكسر العين المهمله والمشهور فتحها وفى الاشراف لو قال لزوجته لم اجدك بكرا لا حدّ عليه ولا لعان عند الجمهور وهو قول الايمه الاربعه واصحابهم وقال سعيد بن المسيب يجلد قال ابو بكر بن المنذر الاول اصح

باب العنين وغيره

قال الجوهرى تقول عنّ لى كذا يعنّ بضم العين وكسرها فى المضارع اى عرض واعترض ورجل عنين بين العنينه وامراه عنينه لا تشتهى الرجال وهو فعّيل بمعنى مفعول وعُنّن عن امراته اذا حكم القاضى عليه بذلك او منع عن النسا بالسحر والاسم منه العُنّه وفى المغرب العُنّة على زعمهم من العنين وهو الذى لا يقدر على الجماع من عنّ
لانه يعن
اذا حُبس فى العُنّه وهى حظيره الابل او من عنّ اذا عرض يمينا وشمالا ولا يقصده وفى البصاير لابى حيان التوحيدى قل فلان عنين بين التعنين ولا تقل بين العُنّة كما تقوله الفقها فانه كلام مرذول وفى المغنى العنين العاجز عن الايلاج ماخوذ من عنّ اى اعترض لان ذكره يعترض والعنن الاعتراض وقيل يعن لقبل المراة من عن يمينه وشماله فلا يقصده وفى الجواهر العنين الذى لا يتاتى منه الجماع للطافته وامتناع ايلاجه لصغره ومنه ما يكون كالزر قلت هذا ليس بعنين بل هو ملحق به فى اثبات الخيار كالجب ولا فايده فى تاجيل مثله ويويد ما ذكرته قول قاضى خان العنين هو الذى لا يصل الى النسا مع قيام الاله

ومثل الزر ليس باله الجماع وذلك لضعف طبيعته او كبر سنه او سحر قام به وفى شرح قاضى اسبيجاب لمختصر الحافظ ابى جعفر الطحاوى العنه تكون لمرض او لضعف فى خلقته او لكبر سنه او كان مسحورا والسحر له حقيقه وتاثير عند اهل السنه قلت ومن المرض غلبه البروده عليه او غلبه الحراره او غلبه الرطوبه او غلبه اليبوسه عليه وفى الجواهر والعنين الذى لا ينتشر ذكره وهو كالاصبع فى الجسد لا ينقبض ولا ينبسط او هو معترض

قوله واذا كان الزوج عنينا اجّله الحاكم سنه فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت ذلك وفى الاشراف والمغنى هذا قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله ابن مسعود والمغيرة بن شعبه وبه قال سعيد بن المسيب وعطا وعمرو بن دينار وقتاده وابرهيم النخعى وحماد بن ابى سليمان وعليه فتوى فقها الامصار كابى حنيفه واصحابه ومالك واصحابه والثورى والاوزاعى والشافعى واصحابه وابن حنبل واسحق وابى عبيد وشذ الحكم بن عتيبه وداود الظاهرى واصحابه فقالوا هى امراته ولا يوجل وروى ذلك عن على رضى الله عنه واحتجوا بحديث امراه رفاعه فانها قالت تزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ومعه مثل هدبه وقد تقدم الحديث ولم يوجله رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على رضى الله عنه ان امراة شكت زوجها اليه انه لا ينتشر ذكره فقال على ولا وقت السحر قالت لا قال اما عند است هذا اخبر بحال زوجها وهو شيخ ضعيف فقال لها اصبرى فلو شا الله

ان يمنليك باكثر من هذا الفعل ولم يجعل لها اجلا وللعامة ما
ذكرناه من التاجيل بالسنه عمن تقدم من الصحابه والتابعين
ولا مخالف لهم ورواه عنهم الدارقطني ورواه ابو حفص عن علي
ايضًا ولا حجه له في حديث امراة عبد الرحمن بن الزبير لان الاجل
انما يضرب للعنين عند اعترافه بالعنه وطلب المراة وعبد الرحمن
انكرها وادعى انه ينفضها نفض الاديم او قال يعركها عرك الاديم
على ما تقدم في الحديث وقال ابن عبد البر قد صح ان ذلك
كان بعد طلاقها فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتريدين ان ترجعي الى رفاعه وقال الماوردي
في الحاوي انها شكت ضعف جماعه ولم تسال عجز الاترى كيف قال
لها لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك قلت
هذا جواب ضعيف لانه لو اولج حشفته ذكره وان استعان
بيده حلت لرفاعه فعلم انها وجدته عنينا دل عليه قولها مثل
هدبه ثوبي هذا تعني انه لا ينتشر والجواب الصحيح ما ذكرناه
قال وعن ملك تؤجل ستة اشهر قلت ستة اشهر في
العبد في احدى الروايتين عنه وفي روايه يوجل العبد ايضًا سنة
كالحر ذكره في الجواهر وعن ابن المسيب ان كانت حديثه العهد
معه توجل سنه وان كانت قديمه العهد توجل خمسة اشهر ذكره
في الحاوي وعند عبد الله بن نوفل يوجل عشرة اشهر والسنة مشتمله
على الفصول الاربعة المختلفه فالربيع حار رطب والصيف حار
يابس والخريف بارد يابس طبع الموت وهو اردا الفصول والشتا

بارد رطب فان كان مرضه من برد ففصل الحر يقابله فهو كالمداواه
له والعلاج ومن كانت افته من الحر فالبرد يقابله وان كانت من
رطوبه ففصل اليبوسه تقابله وان كانت من يبوسه ففصل
الرطوبه يقابله وان كانت من كل من نوعين فما خالف النوعين
هو المقابل به ثم المشهور عند الاطبا قاطبه ان الشي يشفيه
الضد ويحفظه الشبيه وان الصحه يحفظ بالشبيه والمرض يدفع
بالضد كما ذكرنا وان الغذا بالشبيه والدوا بالمخالف ثم انهم
اوردوا على هذه الاصول اسوله منها قالوا انا نرى الضد
يحفظ بالضد ويدفعه الشبيه فان الشبان والحار المزاج
يستشفون بالاشيا البارده ويستضرون بالاشيا الحاره
ونرى الشيوخ ومن مزاجه بلغمي يعجبه الاشيا الحاره وينتفع
بها ويتضرر بالاشيا البارده ويكرهها ومن به حمى صفراويه
يسقى السقمونيا وهي حاره يابسه ومن به سودا ينتفع بالاهليلج
الاسود وهو بارد يابس والمحرور ينتفع بالشتا ويستضر بالصيف
والبلغمي على العكس والسمك مع برده ورطوبته يعطش جدا وكذا
الخيار واللبن والفلفل قد يزيل العطش ويقطعه والحمى البلغميه
يحدث عطشا شديدا اكثر من صفراويه او دمويه والجواب
عنها يعرف من كتب الطب وعن ابي عبيد انه قال اهل الطب يقولون
الدا لا يستجن في البدن اكثر من سنه بل يظهر وقال لبيد
تمنى ابناي ان يعيش ابوهما فهل انا الا من ربيعه او مضر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

فجعل الحول الغاية فاذا مضت السنة ولم يصل اليها علم ان العجز
خلقي ما فيه اصلية غير عارضة وقد فات الامساك بالمعروف فينوب
القاضي منابه في التسريح بالاحسان ولا بد من طلبها لان ذلك حقها
وهو تطليقة بائنة وبه قال ملك والثوري وغيرهما وقال
الشافعي وابن حنبل فسخ قال الماوردي لانه فرقة من جهتها
والطلاق يكون من جهته وقاسه الفسخ بالجنون والجب وهو جهل
منه وقياسه باطل لان المقيس عليه غير مسلم اما الجنون فلا
خيار فيه واما الجب فهو كالعنة فلا يستقيم قياسه ولنا
ان فعل القاضي اضيف اليه لامتناعه عن الامساك بالمعروف حتى
لو طلقها طلقة بائنة حصل المقصود فاذا امتنع من ذلك ناب
القاضي منابه في التسريح بالاحسان والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب
الله تعالى ومجمع على مشروعيتها والفسخ مختلف فيه فالعمل بالمجمع
عليه اولى من غيره فيجب به المهر كاملا للخلوة الصحيحة وكذا العدة
وعند الشافعي لا يجب شيء من المهر ولا المتعة لانه فسخ عنده
وقال الشافعي فان فارقها بعد مضي مدة التاجيل ثم راجعها
في العدة ثم سالت التاجيل لم يكن لها ذلك قال المزني
كيف يكون عليها عدة ولم يصبها واصل قوله اذا استمتع بامراة
فقالت لم يصبني فطلقها فلها نصف المهر ولا عدة عليها قال
الماوردي صورتها في عنين اجل ثم رضيت بعد الاجل بعنته
فطلقها ثم راجعها في العدة فسالت بعد رجعتها ان يوجل ثانيا
لم يجب لرضاها بها في هذا النكاح وهو خطا على اصلهم لانه ان وجد

منه وطء فليس بعنين وان لم يوجد فهو طلاق قبل الدخول فكيف يجب
به العدة وتناقض ذلك ظاهر واعتراض المزني صحيح متجه
لانه قد جمع بين العنة والرجعة في نكاح واحد وهما لا يجتمعان عنده
لانه ان وطيها صحت الرجعة وسقطت العنة وان لم يطاها ثبتت
العنة وبطلت الرجعة اذ لا عدة عليها فلهذا امتنع اجتماع الرجعة
والعنة وتكلف المتعصبون له ثلثة اوجه احدها وهو
ابي حامد المروزي ان المسلة خطا من الناقل لها عن الشافعي او
سهو عن شرط زيادة فاوردها المزني كما وجدها فاعترض عليها
بما هو صحيح متجه ثانيها ان الشافعي فرع هذه المسلة على القديم
ان الخلوة تكمل المهر وتوجب العدة وابطله الماوردي من وجهين
احدهما ان تفريعه في كل زمان انما هو على موجب مذهبه في ذلك
الزمان فلا يصح ان يفرع في الجديد على مذهب قد تركه والثاني
ان ابا حامد المروزي قال وجدت للشافعي في القديم وجوب كمال
المهر دون العدة فبطل ان يصح معه الرجعة والجواب الثالث قال
يمكن على الجديد ان تجب العدة وتصح الرجعة ولا يسقط حكم العنة
بالوطء في الدبر ولهم في ذلك تعسفات لا طائل تحتها وفي
الذخيرة يوجل العنين سنة بالايام عند بعض المشايخ وهو
رواية ابن سماعة عن محمد والمذكور في روايته يوجل العنين سنة
شمسية لا قمرية وهي تزيد على القمرية احد عشر يوما فلعل طبعه
يوافق هذه الزيادة وفي ظاهر الرواية ذكر السنة مطلقة قال
صاحب الجامع الاصغر اكثر اصحابنا اعتبروا على ظاهر الرواية

ولم يعتبروا هذه الزيادة وكان الفقيه ابو جعفر يقول هذا البايس
الفقير اذا لم يزل عجزه في السنة لم يزل في هذا القدر من الزيادة
وفي الاسبيجابي والشمسية رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي
قاضي خان يوجل العنين سنة شمسية ثلثمايه وخمسة وستين
يوما وفي المرغيناني السنة الشمسية هي المعتبرة كذا قاله السرخسي
وربما يوافقه الزيادة في الايام وهو قول زفر وابن ابي ليلى وفي
الواقعات الصحيح السنة القمرية والتاجيل يعتبر عند سلطان
يجوز قضاؤه وابتداؤه من وقت المرافعة فان ادعى الوصول اليها
وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه وهو قول الائمة الثلثة والقياس
ان يكون القول قولها وهو قول زفر وابن ابي ليلى لانكارها وجه
الاستحسان انها تدعي سبب رفع النكاح وهو بدعواه الوصول
اليها ينكر ذلك والاصل سلامة الجبلة فكان القول قوله لذلك
وعن ابن حنبل في الثيب ان ادعى الوصول اليها وانكرت يقال له
اخرج المني فان اخرجه فقالت ليس بمني يمتحن بالنار فان ذاب
فهو مني لانه يشتبه ببياض البيض وهو ينقبض بالنار فان تصادقا
على كونه منيا يخرج به عن العنة لان الغالب عدم خروج مني العنين
وهذا رواية عنه وظاهر مذهبه انه مع الجماعة وان كانت بكرا
ترى النسا والواحدة تكفي والمثنى احوط وفي البدايع اوثق وفي
الاسبيجابي افضل فان قلن ثيب ثبتت ثيابتها ولم يثبت وصوله
لان الثيابة قد يكون بغير وصوله اليها فيكون القول قوله مع يمينه
كما تقدم وان قلن بكر يخيرها القاضي بعد يمينها فان اختارت الفرقة

امره ان يطلقها طلقة باينة فان ابى فرق القاضي بينهما هكذا ذكره
محمد في الاصل وذكر في المنتقى هشام عن محمد في العنين اذا مضت
سنة خيرها القاضي وصار كان الزوج خيرها فان اختارت نفسها
بانت منه فعلى هذه الرواية لم يشترط قضا القاضي لوقوع الفرقة
الا انها تخالف رواية الاصل وفي المنتقى بشر عن ابي يوسف
اذا تم اجل العنين وخيرها القاضي فهو بمنزلة تخيير الزوج ولها
نفسها قال الحاكم ابو الفضل تاويله عندي في القيام عن
المجلس قبل ان تختار شيئا ثم رضاها معه عند السلطان او غيره
يسقط حقها واختيارها نفسها لا يكون الا عند السلطان وفي
الاسبيجابي خيارها لا يبطل بالسكوت وبالمقام معه واذا اجل
سنة ولم يصل اليها يخيرها الحاكم فان شاءت اختارت الفرقة او
زوجها ويقتصر على المجلس كالمخيرة فان اختارت نفسها وقعت
الفرقة في ظاهر الرواية ولا يحتاج الى القضا كخيار المعتقة والمخيرة
وفي بعض الروايات لا تقع الفرقة بينهما ما لم يفرق القاضي وجعله
كخيار البلوغ ولو اشكل امر البكر على النسا يمتحن قال بعضهم
تؤمر ان تبول الى جدار فان رمت ببولها اليه فهي بكر والا فثيب
وقيل تمتحن ببيضة صغيرة وقيل ببيضة فان دخلت فهي ثيب وان
لم تدخل فبكر وفي قاضي خان لا يكون التاجيل الا عند قاضي مصر
ولا اعتبار لتاجيل غيره فان اجله القاضي فمات او عزل بنى المولى
على التاجيل الاول ولو طلب ان يوجله سنة اخرى لا يجب الا برضاها
ولها ان ترجع فيه قبل مضيها وزوج الامة لو وجد عنينا فالطلب

والخيار الى المولى عند ابى حنيفه وابى يوسف وقال زفر الخيار لها
واعتبر الشهوه وهما نظرا الى الولد وهو حق المولى وعن ابى يوسف
ومحمد لو قامت من مجلسها بعد تخيير القاضي فلا خيار لها وعليه الفتوى
كتخيير الزوج وكذا لو اقيمت مكرهه لانها تقدر ان تختار نفسها
قبل قيامها ولو فرق القاضي بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار
لرضاها بحاله وان تزوج امراة اخرى وهي عالمه بحاله ذكر في
الاصل انه لا خيار لها وعليه الفتوى لعلمها بالعيب وذكر الخصاف
في ادب القاضي ان لها الخيار لان العجز عن وطي امراة لا يدل على العجز عن
وطي غيرها والاول قاله عطا والثوري وابن القسم وابن حنبل
والشافعي في القديم وقال في الجديد يوجل لانه قد يكون عنينا في
نكاح دون نكاح قلنا قد علمت بالعيب ودخلت عليه لان الاصل
في كل ثابت دوامه واستمراره وما ذكره الشافعي احتمال بعيد فلا
يعارض الثابت ولا يثبت لها حق رفع النكاح بامر بعد فان رضيت
بعُنته بعد مضي المده او قبله او في المده بطل خيارها وقال الشافعي
في الجديد لا يبطل خيارها قبل انقضا الاجل وهو احد الوجهين للحنابله
لان حقها انما يثبت بعد انقضا الاجل فلم يصح اسقاطه كاسقاط الشفعه
قبل البيع وهذا خطا قلته معارضا لقول الماوردي والفرق انه رضي
بالعيب لا اسقاط الحق قبل سببه كما لو رضي بعيب المبيع ثم اشتراه بخلاف
اسقاط الشفعه قبل البيع ولان ضرب المده لظهور العنه فالرضى
بها مبطل للاصل ولا سعى فان اعترفت بوطيه مره لا يثبت فيه حكم
العنه وهو قول الايمه الاربعه واصحابهم وقال ابو ثور اذا

عجز بعد يوجل كما لو جُبّ بعده وتغيب الحشفه في الفرج الداخل يخرجه
عن العنه قال في المغني ومقطوع الحشفه يعتبر فيه تغييب باقي
ذكره وقيل قدر الحشفه ولا يخرج به عن العنه في الدبر وهو قول
الشافعي واختيار ابن عقيل يخرج به لانه اصعب من القبل وفي قاضيخان
والغلام الذي بلغ اربع عشره سنه اذا لم يصل الى امراته ويصل الى
غيرها يوجل ولو اجل العنين ولم يصل اليها وفرق القاضي بينهما ثم
تزوجها ثانيا فلا خيار لها وقد ذكرناه ولو تزوج غيرها وهي تعلم
بحاله اختلفت الروايات فيه والصحيح ان للثانيه حق الخصومه
اذا لم يصل اليها لان الانسان قد يعجز عن وطي امراه ويقدر على وطي
غيرها ولو عن بعد الاصابه فلا خيار لها وفي الاسبيجابي لو ولدت
منه اولادا ثم تزوجها بعد طلاقها فوجدته عنينا فلها الخيار
لتجدد حقها بالعقد الثاني فان اختلفن في البكاره والثيابه فقال
بعضهن هي بكر وبعضهن هي ثيب يرى غيرهن فاذا اجله سنة
فمرض في السنة يوجل مقدار مرضه عند محمد وعليه الفتوى بخلاف
شهر رمضان وايام الحيض وان مرض نصف شهر او اقل لا يعوض
وكذا لو مرضت هي وجعل الكرخي ما زاد على نصف الشهر لان شهر
رمضان يحتسب عليه وهو قادر على جماعها بالليل عاجز بالنهار وهو
بدون الليل نصف الشهر وفي البدايع روى ابن سماعه عن ابى يوسف
انه ان صح في السنه يوما او يومين احتسب عليه وروى عن محمد ان
الشهر كثير لا يحتسب والروايه الصحيحه عن ابى يوسف ان ما
فوق نصف الشهر كثير وفي الاسبيجابي عن ابى يوسف ان حد الكثرة

السته فما لم يمرض سنه لا يعوض وعنه انه اعتبر اكثر السنه وعنه
ان حجت او هربت او غابت لم يحتسب على الزوج لانه من جهتها فان
حج هو او غاب احتسب عليه فان حبس وامتنعت من المجي الى
السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس وكذا لو حبسه القاضي بمهرها
فلم تحضر اليه وان لم يمنع وكان في السجن موضع خلوة احتسب عليه
وان لم يمكنه وطيها فيه لم يحتسب قال محمد ان كان محرما يوجل
بعد احرامه وان رافعته وهو مظاهر يعتبر المدة من حين المرافعه
ان كان قادرا على الاعتاق وان كان لا يقدر عليه اجله اربعة عشر
شهرا ولو ظاهر في السنه بعد التاجيل لم يزد على المدة ولو اقرت
بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لم تصدق لان قضا القاضي
لا يبطل باقرارها بخلاف ما لو اقام البينة على اقرارها بالوصول
قبل التفرقة حيث يبطل الفرقه قوله وان كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت ذلك لانه لا فايدة في التاجيل
وفي الجامع اذا وجدت زوجها الصغير مجبوبا فهو كالعنين فالقاضي
يفرق بينهما بخصومتها في الحال ولا ينتظر بلوغ الصبي لانه لا يزول
به بخلاف ما لو وجدت زوجها الصغير عنينا حيث ينتظر بلوغه
كالمريض ينتظر زواله ولو وجدته مجبوبا لا ينتظر زوال مرضه
لانه لا فايدة فيه ويوهل الصبي للطلاق لانه مستحق عليه كما
يوهل للعتق اذا ملك من يعتق عليه ومنهم من جعله فرقة بغير
طلاق والاول اصح لكن القاضي لا يفرق بينهما ما لم يكن عنه خصم
كالاب ووصيه فان لم يكن له ولي لا وصي فالجد ووصيه خصم فيه

فان لم يكن فالقاضي ينصب عنه خصما فان جا بسبب يبطل حق المراة
مثل رضاها بحاله او بينه على علمها به عند العقد لم يفرق بينهما وان
طلب يمينها تحلف فان نكلت لم يفرق وان حلفت فرق وان وجدت
الصغيرة زوجها مجبوبا لا يفرق بينهما بخصومة الاب وينتظر بلوغها
لانها ربما ترضى وان وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب
الوكيل لم يذكره محمد في الكتاب واختلف المشايخ فيه قيل لا يفرق
بطلبه بل ينتظر حضورها كالاب وقيل يفرق لرضاها بخلاف عدم
الكفاءة حيث لا يوخر لانه لا يزول ولانه حق الولي لكن يشترط
ان يكون عن الصبي خصم وكذا في المجبوب المعتوه لا ينتظر ويفرق
بحضور وليه فان قالت وجدته مجبوبا فقال الزوج ما انا بمجبوب
وقد وصلت اليها فالقاضي يريه رجلا فان علم بالمس والجس من
ورا الثوب من غير كشف عورته لا يكشف عورته وان لم يمكن
الا بالكشف والنظر امر غيره بان ينظر للضروره وان وصل اليها
ثم جبت ذكره فلا خيار لها وحكى ابن زولاق عن ابي عبيد بن حربويه
ان امراة جاته تشكو بعلها فقالت انا امراة ضعيفه ما اطيق
الته فانها جايه خارجه عن الات الرجال فقال لها القاضي لا
تحلي يدخل ذكره كله فقالت شي له عقل في ذلك الوقت حتى يدخل
البعض دون الكل فامر القاضي حاجبه لينظر فادخله الحاجب مكانا
خاليا فنظر اليه فهاله فرد وجهه وقال له استتر ثم اخبر القاضي
بما راه ففرق القاضي بينهما لجواز له النظر للضرورة وحدث الحاجب
ان المراة بعد ذلك جاته ورشته دنانير ليصلح بينهما ولودت

الصغير عبدا او اطلع وليه على عيب فيه يرده ولا ينتظر بلوغه ويستوفي
قصاصه للحال وكذا شفعته والفرق ان التفريق لفوات حقها
في قضا شهوتها وذلك يعزل منه في صغره فيوخر بخلاف الفصول
الاخر فان الحق ثابت في الحال ويتضرر الصغير بتاخير حقه الى زمان
بلوغه فيقوم الولي مقامه في الاستيفا لعجزه بنفسه ولو جات
امراة المجبوب بعد التفريق بولد الى سنتين ثبت نسبه ولا
يبطل تفريق القاضي بذلك بخلاف العنين حيث يثبت نسبه
ويبطل تفريق القاضي لانه لما ثبت نسب ولدها منه لم يبق
عنينا والمجبوب مجبوب بعد ثبوت نسب ولده وفي الحاوي
اختلف الشافعية بماذا يثبت العنه اذا ادعتها الزوجة على ثلثة
اوجه احدها باقراره او ببينه على اقراره وهو قول ابي اسحق
المروزي والثاني باقراره او نكوله بعد انكاره ولا يراعى فيه
يمين الزوجه وهو قول ابي سعيد الاصطخري قلت القضا
بالنكول من غير يمين المدعي لا يساعده اصلهم والثالث
باقراره او يمين الزوجه ونكوله ولا يثبت ان لم يحلف بعد نكوله
وهو قول ابي علي بن ابي هريره وعليه اكثرهم ويخرج عن العنه
بوطيها حائضا او نفسا او محرمه او صايمه وكذا في المغني ولا
اعلم فيه خلافا فان وجدت ثيبا وزعمت ان عذرتها زالت
بسبب اخر من غير وطيه كاصبعه او غيرها غير ذكره فالقول
قول الزوج لانه خلاف الظاهر والاصل عدم اسباب اخر
ولو تراضيا بعد التفريق فله ان يتزوجها ونص ابن حنبل في

روايه ابي بكر من الحنابلة انهما لا يجتمعان كفرقة اللعان عندهم
وهو باطل لا اصل له وقد تقدم ان في الفرقه بالعنه يجب المهر
كاملا والعدة قال ابو بكر بن المنذر هذا قول عمر والمغيرة
ابن شعبه وبه قال ابن المسيب وعطا والنخعي وملك والشافعي
بالعراق قال ولم اجده في كتبه المصريه وهو قول احمد وابي عبيد
وقال شريح وابو ثور لها نصف المهر قال ابو بكر الاول اولى
بمن قلد الصحابه والثاني اشبه بظاهر الكتاب قلت قد
ذكر صاحب الحاوي انه لا يجب لها شي عند الشافعي وقد ذكرنا انه
طلقه باينه عندنا وبه قال ملك والثوري في اصحابهم وقال
الشافعي وابن حنبل فسخ قال ابو بكر وبه اقول ويجب العدة عندنا
قال وهو قول عطا وعروه وملك والشافعي قال ولا يشبه
مذهبه وقد ذكرت اعتراض المزني عليه في ذلك وقال ابو ثور
لا عدة عليها واختار ابن المنذر قوله والخصي يوجل
كما يوجل العنين قال عامة اهل العلم نكاح الخصي صحيح وهو قول
الزهري واهل المدينه واهل الكوفه والشافعي وابن حنبل وغيرهم
وينبغي له ان يعلمها عند العقد والخصي مسلول وهو الذي سلت
خصيتاه وموجوء وهو الذي رضت خصيتاه وهما سوا ومتى
لم يصل اليها اجل لانه عنين وان وصل فلا خيار لها وقد قيل هو اكثر
وطيا من الفحل لانه لا ينزل ولا يكون منه ولد وفي الذخيره
ان وجدته خصيا وكان ينتشر آلته ويصل اليها لا خيار لها والا
كالعنين ولو كانت رتقا او قرنا وهو عنين فلا خيار لها لقيام مانع

الوطي من جهتها واذا خيرت فاختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار والتاجيل لا يعتبر الا من الحاكم واذا كان بالزوجه عيب
فلا خيار لها وفي المحلي في شرح المجلي لابن حزم هذا قول ابي قلابه
وعطا وعمر بن عبد العزيز والنخعي وابي الزناد وابن ابي ليلي والاوزاعي
والثوري وابي سليمان الخطابي وداود الظاهري واصحابه وقال
الزهري وشريح وابو ثور يرد بجميع العيوب والمالكيون والشافعيون
والحنبليون خصوا الرد ببعض العيوب دون بعض وذلك اربعه
عيوب او خمسه وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن
وفي التمهيد قال ابو عمر بن عبد البر ترد الزوجه عند مالك
بالعيوب الثلثه الجنون والجذام والبرص وترد بكل عيب يمنع
الوطي واذا وطيت وبها عيب من هذه العيوب ترد ما اخذت
الا ربع دينار وقاسه على السلعه اذا دلس فيها بعيب على مذهبه
فيه وقال الليث مع الثلثه دا الفرج وقال ارى الاكله
كالجذام وقال الزهري يرد من كل دا عضال وقال الشافعي
ترد بالجنون والجذام والبرص والقرن والرتق وهي خمسه ولا شي
لها قبل الدخول لا مهر ولا متعه وبعد الدخول لها مهر مثلها ولا
يرجع عليها ولا على وليها وهو قول الحسن بن حي لكن لها المسمى
بالدخول عنده ولا وجه لقولهما لانها اذا اخذت مهرها بالدخول
فلا فايده في ردها لان ذلك حاصل بالطلاق وهو سهل وقد يكون
مهر مثلها اكثر من المسمى فالرد على الشافعي كالرد على الحسن وزياده
وقال ابو عمر لم يختلف العلما في الرتقا التي لا يوصل اليها بالوطي

انه عيب ترد به الا ما جا عن عمر بن عبد العزيز انه لا ترد الرتقا
ولا غيرها والفقها كلهم على خلاف ذلك قلت يعمم رده
واستثنا عمر بن عبد العزيز وحده غير صحيح بل عمم مع الرد خلق
كثير قال ابو عمر حجة من قال لا يرد بالعيوب الاجماع انها لا
ترد بعيب صغير على خلاف البيع كذا بالكبير وقال مالك لا ترد بالعمى
ولا السودا الشوها وقال ابن وهب في البرص لا يثبت الخيار
قال ابن وهب وهو رايي وقال ابن القسم ان وجدها عميا او
مقعده او شلا فلا خيار فيه الا اذا شرطت السلامة منها
قال وبقول الكوفيين قال جماعه من التابعين وبقول المدنيين
قال جماعه من التابعين وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبة عن عبد الله
ابن مسعود لا ترد الحره بعيب ومثله عن ابي هاشم قال
ابن حزم وهو رواية عن علي وذكر ابو عمر عن عمر رضي الله عنه
الرد بالجنون او الجذام او البرص وقال ابن حزم قد خالف
المالكيون والشافعيون كل ما روي عن الصحابه في ذلك اما عمر
الذي يتعلقوا بقوله فقد خالفوه في خمسة مواضع وسردها في
المحلي فان قالوا لم يبلغ ذلك مالكا والشافعي قلنا قد بلغكم فقولوا
به ولا تقلدوا من خالف عمر بغير حجة وارجعوا عنه واحتجاجكم بقول
عمر في شي دون خمسة اشيا تلاعب بالدين كبر مقتا عند الله ان
تقولوا ما لا تفعلون ويردون النكاح بذلك قبل الدخول ولم يات
ذلك عن عمر الا رواية مكذوبه من طريق عبد الملك بن حبيب
وهو هالك فمن اقدم على مخالفة عمر في خمسة مواضع فيه الجوز له

عند ملك م

ان يقلد في موضع واحد لم يثبت عنه من روايه هالك وامّا الشافعي فلم يوافقه ولا في موضع واحد اما علي رضي الله عنه فعنه ثلث روايات احداها كقولنا لا ترد في شي من ذلك والثانيه تخير قبل الدخول والثالثه في غايه السقوط لا يجوز الروايه عنه واما ابن عباس فهي من روايه عبد الملك الهالك المتقدم وفيها رد النكاح فبطل تعلق المالكيين والشافعيين بشي مما روي عن احد من الصحابه في ذلك وقول ملك برد الي ربع دينار لا يحفظ عن احد وكذا قول الشافعي برد الي صداق مثلها ولا يصح في ذلك شي عن احد منهم قال ابن حزم قد وجدنا بعض المتاخرين منهم يقول النكاح يشبه البيوع وهي ترد بالعيوب فكذا النكاح وهذا قول لا يسوغ التمويه به الا لمن قال بقول شريح والزهري وابي ثور انه يرد بجميع العيوب فاما المالكيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكوره فبطل قياسهم على البيوع ثم نقول لابي ثور من اي وجه اشبه النكاح البيع بل هو خلافه جمله اذ البيع ينقل ملك رقبه المبيع ولا نقل في النكاح والنكاح يصح من غير ذكر البدل ومع نفيه والبيع لا يصح في شي من ذلك وخيار الشرط باطل في النكاح جايز في البيع والبيع بترك رويه المبيع ووصفه فاسد عندكم والنكاح جايز ويجوز النكاح عند المالكيين على بيت وخادم ووصفا غير موصوفين ولا يجوز ذلك في البيع وقالوا لا تطيب النفس بجماع برصا ولا مجذومه ولا يقدر على جماع رتقا وقرنا وانما تزوجها للوطي قلنا اما طيب النفس على الجماع فان

كل احد لا تطيب نفسا على مس شي في بدنها لمعه من برص ولم يصبه صرع في الشعر الاسود منها على الزانيه وعلى العجوز السودا الشوها التي بوجهها اكله وقد اكلت انفها وهي تسري الي جميع بدنها او بوجهها ثولول احمر كابر قد اخذ وجهها جمعه او حدبه في صدرها وظهرها او كانت عميا صما بكما عمرها مايه سنه او كانت مريضه بالدق والسل الذي بري منه عند الاطبا وكذا الحميات البارده والحاره العفنه مع العجز والكبر وهذا مما لا شك فيه عند احد من العقلا وغيرهم وكل ذلك ارا فاسده بما لم ياذن به الله وانما النكاح كما امر الله سبحانه فامساك بمعروف او تسريح باحسان او ياتي نص صحيح في ذلك فنوقف عنده ولم يات بذلك ما يعول عليه وتعلق بعضهم بقوله عليه السلام في الخبر وفر من المجذوم فرارك من الاسد وليس هو على الامر فانه لا يجب على احد ان يفر على المجذوم فرار الاسد ويجوز له الجلوس عنده ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام بمصالحه عنده ثم ان كان كذلك فافسخوا النكاح بحدوثه بعد بسنين وهم لا يقولون به وزعموا انه عليه السلام رد بالبرص فقال الحقي باهلك لما وجد بكشحها وضحا او بياضا قلنا هو من روايه جميل بن زيد وهو مطرح متروك عن زيد بن كعب بن عجره وهو مجهول لا نعلم لكعب بن عجره ولدا اسمه زيد انتهى كلام ابن حزم قال صاحب الكتاب ولنا ان فوات الاستيفا اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاخلاله بهذه العيوب اولى وهو ضعيف لان

الفسخ انما يكون في النكاح القايم وبالموت لا يبقى النكاح لانه موقت
بحياتهما وهذا لان الوطي من الثمرات فلا يراعى من كل وجه والمستحق
التمكين وهو حاصل وفي النكاح مقاصد اخر ولهذا انعقد النكاح
واثبتوا له خيار الرد فلو كان المعقود عليه هو الوطي لم ينعقد
في الرتقا والقرنا فصار كالشيخ الفاني اذا تزوج عجوزا هرمة
جحمرشا يصح النكاح ولو كان النكاح انما ينعقد على الوطي لم يصح
واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار للزوجة عند
ابي حنيفه وابي يوسف واخرين وقد ذكرناهم قبل هذا وعند محمد
مع الايمه الثلثه تثبت لها الخيار فيها كما في الجب والعنه لكن من
غير تاجيل كالجب ولهما ما تقدم من اقوال السلف ولان
الاصل عدم الخيار لما فيه من رفع النكاح وابطال حق الزوج بخلاف
الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود بالنكاح وهذه العيوب
غير مخله فصار كجانبها وفي الخنثى لو كان يبول من مبال الرجال
يجوز له التزوج فان لم يصل الى النسا يوجل لانه عنين وفي الامه
الخيار لمولى الامه في رواية عن ابي حنيفه وهو قول ابي يوسف
وفي الواقعات في قول ابي حنيفه وعليه الفتوى وعند زفر الى الامه
ومدركهما اعتبار الولد وهو حق المولى ومدركه اعتبار الشهوه
وتقدمت وفي المرغيناني عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه في
العنين ايضوا عليه الزجج والعسل لراجع نفسه وفي الواقعات
اذا اقامت معه بعد التاجيل مطاوعة له في المضاجعه لم يكن
ذلك رضا منها هكذا قال ابو يوسف وعليه الفتوى فان النكاح

بينهما قايم الى الان يخيرها القاضي بعد مضي المدة ذكر غريب
الالفاظ المذكوره فيه في المغرب المجذوم الذي به الجذام وهو
دا يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على
ما لم يسم فاعله بمعنى اصابه الجذام وفي الصحاح جذم الرجل
على ما لم يسم فاعله فهو مجذوم ولا يقال اجذم والجذام دا
وجذم جذما اذا صار اجذم وهو المقطوع اليد وفي الحديث
من تعلم القران ثم نسيه لقي الله وهو اجذم وجذمت الشي
جذما اذا قطعته فهو جذيم والبرص دا وهو بياض وقد
برص الرجل فهو ابرص وابرصه الله وجن الرجل على فعل ما لم
يسم فاعله فهو مجنون واجنه الله فهو مجنون ولا تقل مجن
ولا اجنه الله وجا ملمه من افعل على مفعول على غير قياس دون
مفعل هذا الاول والثاني احزنه الله فهو محزون واحبه فهو
محبوب وجا محب على الاصل في شعر عنتره

ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزله المحب المكرم

وفي المغرب القرن في الفرج ما يمنع سلوك الذكر فيه اما
غدة غليظه او لحمه مرتقيه او عظم وامراه قرنا اذا كان ذلك
بها وفي تهذيب اللغات للنووي قال اهل اللغه القرن باسكان
الرا هو العفله بفتح العين المهمله والفا وهي لحمه تكون في فم
الفرج وبالفتح مصدر وانكروا الفتح على الفقها وقال القراز
في جامعه بفتح الرا هو العيب ومنه امراه قرنا قال وبالاسكان
اسم العفلة وبالفتح اسم العيب وعطف المصادر عليه يرجح كونه

مصدرًا وذكر بعضهم ان القرن عظم نابت محدد الراس كقرن الغزاله يمنع الجماع والرتق المتلاحم في الرحم لكن فيه ثقب ضيق يخرج منه البول ويمنع الوصول الى الفرج لتلاحم الرحم قال الله سبحانه اولم ير الذين كفروا ان السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما وقلنا يمكن جماع القرنا في الجملة فان القرن يعالج عند الاطباء ويزال بالكسر والرض والمعالجه والرتق يشق ويداوى ويمكن الوصول اليها في الجملة والجذام والبرص يعالج بالادويه الحاده في الجملة وان كان زواله عسيرًا

باب العدة

عدة المراة ايام اقرائها وقد اعتدت وانقضت عدتها وعددت الشي احصيته قال الله تعالى واحصوا العدة والعدة بالضم الاستعداد والتهيؤ للامر ذكر ذلك الجوهري يقال كونوا على عدة والعدة ايضا ما اعددته لحوادث الدهر من المال والسلاح يقال اخذ للامر عدته وعتاده وفي المنافع العدة بمعنى العدد قوله

واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا او وقعت الفرقه بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض وقد دخل الرجل بها فعدتها ثلث حيض والفرقه بغير طلاق في معنى الفرقه بطلاق لثبوت النسب ووجوب تعرف براءة الرحم فيها والفرقه بغير طلاق مثل خيار العتق والبلوغ وملك احد الزوجين صاحبه وبعدم الكفاءة وردة الزوج والنكاح الفاسد والوطي بالشبهه وكذا باللعان كان تحريما موبدا اولا وعن ابن عباس عدتها تسعة اشهر

وخالفه فيه ساير الناس وقال ايضا عدة المختلعة حيضة والاصل فيه قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والمراد بهن المدخول بهن من ذوات الحيض وهو خبر في معنى الامر واصل الكلام ليتربصن وهو تاكيد للامر فكانهن امتثلن الامر بالتربص فهو يخبر عنه انه موجود وعند الكوفيين هو امر بحذف لام الامر والقروء جمع قرء بفتح القاف وضمها ذكره في المغرب وغيره وقالوا هو الحيض في قول الاكثرين وهو قول الزجاج والاصمعي والاخفش ويونس والخليل ذكره في كتاب العين ونص عليه وقال القرء عبارة عن الحيض وقول الكسائي والفراء من الكوفيين وفي جامع القزاز اقرات المراه اقراء فهي مقرئ اذا حاضت وقيل اذا طهرت وكذا ذكره الجوهري في الصحاح وقال الاخفش اقرات المراه اذا صارت صاحبه حيض فاذا حاضت قيل قرات وقال الخليل اقرات المراة اذا دنا حيضها او طهرها والقروء الحيض عندنا ومذهبنا قول صدور الصحابه قال ابن حزم في المحلى ان العدة تعتبر بالحيض عن ثلثة عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابو الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابو موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي معبدا الجهني وعبد الله بن قيس وهو قول عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب

وسعيد بن جبير والحسن بن حي وشريك بن عبد الله القاضي
والحسن البصري والثوري والاوزاعي وابن شبرمه وابي عبيد
وربيعه ومجاهد ومقاتل وقتاده والضحاك وعكرمه والسدي
واسحق قال ابن حنبل كنت اقول ان القرء الطهر وانا
اليوم اذهب الى انه الحيض وفي المغني في روايه الاثرم عنه
كنت اقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر والمشهور من مذهبه
مثل قول اصحابنا وذكر الشيخ ابو بكر الرازي واليه
انتهت رياسة الحنفيه ببغداد بعد ابي الحسن الكرخي ان
الشعبي روى عن ثلثه عشر من اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم ان
الرجل احق بامراته ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه وعند ملك
والشافعي القروء الاطهار ويروى ذلك عن عايشه وابن عمر
وزيد بن ثابت وهو قول اهل الحجاز والاول قول اهل العراق
مع من قدمناهم من اهل مكة والمدينه قال الجوهري
القرء للحيض والطهر وهو من الاضداد كالجون للظلمه والنور
احتجوا على ان القروء المذكوره في القران هي الاطهار دون
الحيض بادلة الدليل الاول انهم زعموا ان القرء اذا كان بمعنى
الحيض يجمع على اقراء لقوله عليه السلام دعي الصلاة في ايام
اقرائك واذا كان بمعنى الطهر يجمع على قروء واستدلوا عليه بقول
الاعشى أفي كل عام انت جاشم غزوة تشد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا
أراد بها الاطهار لان زمان الحيض ضايع حاضرا كان او غائبا قال

ابو بكر ابن العربي هكذا قاله ابن الانباري قال الصغاني
يروى وفي الاصل وفي الحي وفي المجد وليس ما قاله ابن الانباري
بلازم بل يجمع الحيض ايضا اذا كان بلفظ القرء على قروء قال ابن
الاعرابي ليس اذا استنهضته بناهض له قروء كقروء الحايض
وقال عليه السلام لفاطمه بنت ابي حبيش فانظري اذا اتاك
قروءك فلا تصلي فاذا مر قروءك فتطهري ثم صلي ما بين
القرء الى القرء رواه ابو داود والنساي والدليل الثاني
ان اثبات التا في ثلثة يدل على انه اراد بها الاطهار لان مفردها
مذكر وهو الطهر ولو كان المراد بالقروء الحيض لقيل ثلث
قروء لان الحيض جمع حيضه وهي مونثه لفظه والتا تحذف
في جمع المونث وتثبت في جمع هكذا احتج بها القزاز في جامعه
قال البطليوسي المالكي لا حجة لهم فيه عند اهل النظر
لانه لا ينكر ان يكون القرء لفظا مذكرا ويكون تذكير ثلثه على
اللفظ دون المعنى كما تقول جاني ثلثه اشخص تعني بذلك النسا
قلت تقول عندي ثلث من البط ذكور وثلثه من البط
ذكور لان البط جمع بطه والتذكير والتانيث باعتبار اللفظ
والمعنى قال الله تعالى خلقكم من نفس واحده والمراد بها ادم
عليه السلام وتانيثه باعتبار لفظ النفس وقوله تعالى قد جاتك
اياتي قرى بكسر الكاف وفتحها وقال ابن الحاجب في مقدمته
واذا كان المعدود مونثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وانشدوا
يا جعفر يا جعفر يا جعفر إن أك دحداحا فانت اقصر

اَوَاكَ ذَا شَيبٍ فَانتَ اكبرُ   غرَّكَ سِربالٌ عليكَ احمرُ
ومِقنَعٌ من الحرير اصفرُ   وتحتَ ذاكَ سَوءةٌ لو تذكرُ

سَمّى المونث باسم مذكر وطلحةُ وحمزةُ بالعكس وهو لا يخص الاعلام وفى مشارق الانوار قوله عليه السلام دعى الصلاة ايام اقرائك يرد قول العراقيين ان القروء الحيض قال القاضى قال قلت بل هو حجة لهم والحاصل ان للحيض اسمين مذكرا ومونثا كالبر والحنطه والدليل الثالث حديث ابن عمر المتفق عليه انه عليه السلام امره ان يراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شا فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النسا فلما امره ان يطلقها فى الطهر وجعله العدة ونهاه ان يطلقها فى الحيض ثبت ان الاقرا هى الاطهار قال الحافظ ابو جعفر الطحاوى قد جا فى هذا الحديث انه عليه السلام امره ان يراجعها ثم يمهلها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ليطلقها وتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النسا فلما لم يبح له الطلاق فى ذلك الطهر حتى يكون بعد حيضه ثم طهر ثبت بذلك ان تلك العدة وقت تطليق النسا لا انه معتبر فى العدة والعدة لها معان وليس كل ما ثبت اطلاق اسم العدة عليه ان يكون قرا وكذا ما ثبت له اسم الوقت الذى يطلق له النسا وسمى عدة لذلك ولا يلزم ان يثبت لها اسم القرء ويؤيد هذا ان عمر هو الذى خاطبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النسا ولم يكن ذلك عنده دليلا على ان الاقرا هى الاطهار لان

مذهبه ان الاقرا هى الحيض لا الاطهار روى ذلك عنه الحافظ ابو جعفر وابن المنذر وابن حزم فى المحلى وغيرهم فبطل بذلك قول ابن بطال فى شرح صحيح مسلم ان ابن عمر اعلم به لانه قد علم الطلاق فى الحيض وما اصابه فيه لان ابن عمر لم يحضر عند النبى عليه السلام بل كان ذلك بحضرة ابيه عمر بن الخطاب فانه قال له عليه السلام مر ابنك فليراجعها الحديث وروى ابن حزم فى المحلى وغيره انه مع ابنه وفى المنتقى لابن تيمية الصحيح من قول ابن عمر عدة الحر ثلث حيض وعدة الامة حيضتان وانما الضعف فى رفعه وهكذا ذكره محمد بن عبد الواحد المقدسى فى احكامه ورواه ملك عن نافع عن ابن عمر كذلك خرجه الحافظ ابو جعفر فى شرح الاثار والدليل الرابع قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واستدلوا بها من وجهين احدهما ان الطلاق يوقع فى الطهر دون الحيض وقد جعل الله الوقت الذى يقع فيه الطلاق من العدة والثانى قالوا اللام بمعنى فى فعلم ان الطلاق يقع فى العدة فلا يكون الحيض من العدة لانه يقع فى العدة ولا يوقع فى الحيض والجواب عن قولهم قد جعل الله الوقت الذى يوقع فيه الطلاق من العدة غير مسلم بل المراد بقوله لعدتهن اى لقبل عدتهن وفى صحيح مسلم قرا رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلقوهن لقبل عدتهن قال صاحب المفهم فى شرح مسلم هذا صريح برفع القراءة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منقوله احادا فلا يكون قرانا لكنها خبر مرفوع الى رسول الله مسموع منه عليه السلام فعلم ان المراد بها مستقبل عدتهن وهو

الطهر الذي يليه الحيضة وقبل الشيء أوله يقال كان ذلك في قبل الصيف وقبل الشتاء ووقع السهم بقبل الهدف وقبالته أي بقربه وقولهم اللام بمعنى في كما تقول كتبت لغرة الشهر أي في غرته وهو غلط لان اللام ليس من اقسامها ان تكون للظرف بل هي للوقت هنا كقوله تعالى لدلوك الشمس وتقول اتيتك لصلاة الظهر اي لوقتها ويفسد من جهة اخرى ايضا لانها اذا كانت بمعنى في فلابد ان تكون العدة التي هي ظرف موجودة قبل وجود الطلاق الذي هو مظروف فتكون العدة موجودة قبل ايقاع الطلاق وهو باطل لاخفا فيه كما لو قال طلقها في رجب لا يطلقها قبله بل يطلقها فيه والدليل الخامس ان القرء هو الجمع ومنه المقراة للحوض والغدير والقلت يقال ما قرأت الناقة جنينا اي ما جمعته ولا اشتمل رحمها عليه وفي جامع القزاز القارئ من النوق الحامل وقول عمرو بن كلثوم

ذراعي عيطل ادماء بكر هجان اللون لم تقرا جنينا

وفي الطهر يجتمع الدم ثم يخرج فكان اطلاق القرء على الطهر اليق قلنا لو اجتمع دم الحيض في زمن الطهر لاندفع فيه فان فم الرحم غير مسدود زمان الحيض ولو كان منسدا لخرجت الدما في اول الحيض حين انفتح فم الرحم بالحيض ولان الطهر لا يجوز ان يسمى قرءا قبل سيلان الدم لانه لا يتعلق به حكم قبل العلم بوجوده ولا يمكن معرفة الدم في الرحم في حال الطهر وفي الروضة القرء في العدة الطهر الذي قبله دم وبعده دم لا مجرد الانتقال الى الحيض في اظهر القولين وهو نص البغوي والروياني وغيرهما ونا قضوا ذلك فقالوا لو قال انت طالق في كل قرء يقع في الحال وان لم يتقدمه حيض وعليه اكثرهم ولم يشترطوا قبله دما ولو جامعها فيه ثم طلقها حسبت بقية ذلك الطهر من العدة عندهم في احد القولين ولا تحسب من العدة عند الزهري وتعتد بعدها بثلاثة اطهار وللجمهور احد وعشرون دليلا الدليل الاول قول صدور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذكرنا خمسة عشر صاحبا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت من ذكرهم فلا نعدهم وما روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت وعايشة من انها الاطهار فقد روي عنهم خلافه على ما ذكرنا وما ماي ولا يحتج بقولهم لاضطرابه والدليل الثاني قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولو حمل على الاطهار لزم ان يكون قرءان وشيء من الثالث فيبطل العدد المنصوص عليه في القرآن فكان فيه تعطيل نص القرآن فان قيل قد ذكر الجمع واريد به اثنان وبعض الثالث قال الله تعالى الحج اشهر معلومات قلنا عنه جوابان احدهما ان ذلك انما جاء في الجمع دون النص على العدد الذي هو الثلاثة وقياسهم عليه باطل واطلاق عدد على عدد آخر غير جائز كاطلاق العشرة على التسعة او الثمانية او السبعة او الثلاثة على اثنين ويجوز ان يقال جاءني رجال ومرادهم رجلان اذ ذكر الكل وارادة البعض من طرق المجاز ولا يجوز ان يقول جاءني ثلاثة رجال ويريد بهم رجلين لان العدد خاص في مدلوله وفيه التخصيص انما يكون في العام دون الخاص والجواب الثاني

ان ذلك على خلاف الاصل ثبت بالاجماع فلا نقاس عليه غيره من غير دليل
تقتضيه والدليل الثالث قال القزاز في جامعه القرء خروج
الدم وحقيقته في اللغه خروجه لوقت واتاك لقرءه اي لوقته
ولقارمه مثله قال الاعشى كرهت العقر عقر بني شليل اذا هبت لقاريها الرياح
ولهذا لم يجوزوا الاقتصار في الايسه على بعض الشهر الثالث وكذلك
الصغيره والقارى الوقت يقال اقرات الريح اذا دخلت في
وقتها وذكر الجوهري البيت للهذلي قال الصغاني والبيت
يروى لتابط شرا ولابي ذويب وروى اصحاب الاصمعي القصيده
لمالك بن الحارث اخي بني كاهل الهذلي قال ابو عمرو بن العلا
انما القرء الوقت قال

اذا ما السما لم تغم ثم اخلفت قروء الثريا ان يكون لها قطر
يريد وقت نوءها الذي يمطر الناس فيه وقال اخر
يا رب ذي ضغن وضب فارض له قروء كقروء الحايض
اي لهذا الضغن اوقات تهيج فيها ويشتد كهيج دم المراة
في اوقات حيضها وعليه قول الاعشى لما ضاع فيها من قروء نسايكا
اي من مده طويله واوقات متعدده كامله التي يعتد فيها
النسا اراد من اوقات نسايك هكذا ذكره جار الله والمطرزي
والضغن والضغينه والضب الحقد من ضغن بكسر الغين ضغنا
والاوقات المعلومة انما تكون لمجي دم الحيض لا للطهر وقال
الصغاني في التكمله تقول قرات القران اي القيته ولفظته
وفي قول عمرو بن كلثوم ذراعي عيطل ادما بكر هجان اللون لم تقرا جنينا

اي لم تلقه اي لم تلد وقد تقدم فبطل قولهم بذلك انه بمعنى الجمع
وقال الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران فاذا ثبت ان
القرء للوقت فهو اولى بالحيض لان الاوقات انما هي لما يحدث فيه
الحادث والحيض هو الحادث فيه والطهر عدم الحيض وليس هو
شي حادث لم يكن وان كان القرء هو الجمع والتاليف فالحيض
اولى به لان دم الحيض هو الذي يجتمع ويتالف من جميع البدن في
حال الحيض والدليل الرابع ان اطلاق القرء على الطهر مجاز
وعلى الحيض حقيقه والمجاز لا يعارض الحقيقه بيان الاول
ان اسم القرء لا ينفى عن الحيض وهو دليل الحقيقه وينفى عن الطهر
وهو اية المجاز كالايسه والصغيره فانهما ليستا من ذوات
الاقرا مع كونهما من ذوات الاطهار فلما انتفى اسم القرء عن الطهر
تبين انه مجاز فيه وسمي قرءا لمجاورته الحيض ولهذا انتفى اسم القرء عن
الطهر عند عدم المجاورة للحيض والدليل الخامس قوله عليه
السلام عدة الامة حيضتان في حديث عايشه رضي الله عنها رفعته
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وابن ماجه
والدارقطني والترمذي وقال حديث غريب والعمل على هذا عند اهل
العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم ذكره في جامعه
ولا فرق بين الامه والحره في العده الا في العدد وعن مالك شهره
الحديث بالمدينه يغني عن صحه سنده وهكذا رواه ابن عمر مرفوعا
قالوا الصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع من قوله رواه مالك
عنهما عن ابن عمر هكذا ذكره الحافظ ابو جعفر الطحاوي وقال ابن تيميه

في المنتقى الصحيح من قوله عدة الحرة ثلث حيض وعدة الامة حيضتان
وكذا ذكره المنذري وابو الفرج في التحقيق وقال الضيا محمد بن
عبد الواحد المقدسي صح ذلك عنه وانما الضعف في رفعه وروى
الحافظ ابو جعفر باسناده عن قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد
ابن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فبطل تعلقهم بقول زيد بن
ثابت لاضطرابه والدليل السادس قال الشيخ ابو بكر
الرازي اجمعت الامة على ان الاستبرا بحيضة في حديث ابي سعيد
الخدري في سبايا اوطاس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه
احمد وابو داود ومعلوم ان اصل العدة موضوع للاستبرا ولتعرف
براءة الرحم والحيضة الثانية لحرمة النكاح وشرفه والحيضة
الثالثة لفضل الحرية وشرفها والا فالحيضة الواحدة كافية لان
الحامل لا تحيض لانسداد فم الرحم بالحمل ولما جعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم استبرا الامة بحيضة دون طهر وجب ان يكون العدة
بالحيض دون الاطهار اذ كل واحد منهما في الاصل لتعرف براءة
الرحم من الحمل كيلا يسقي زرع غيره بمايه ولما فيه من اشتباه
الانساب بما عرف وفي التنبيه الامة تستبرا بحيضة في اصح
القولين وبطهر في القول الاخر وهذا قول مصادم للاجماع ٥
والدليل السابع قال عمر رضي الله عنه بحضرة اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لو قدرت ان اجعل عدة الامة
حيضة ونصفا لفعلت ولما امكن التنصيف في بدلها جعله
شهرا ونصفا قال صاحب المغني وهو قول عمر وعلي وابن عمر

وبه قال ابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وقول للشافعي
واحدى الروايتين عن ابن حنبل وقال عطا والزهري واسحق
وقول للشافعي ورواية عن ابن حنبل انها شهران كالحيضتين
وروي ذلك عن البصري والنخعي ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحيى
ابن سعيد الانصاري وربيعة ومالك والقول الثالث ان
عدتها ثلثة اشهر وهو قول للشافعي ورواية لابن حنبل وفيه
مخالفة للسلف باحداث قول ثالث وتخطئهم وخروج الحق
عنهم وهو غير جايز على المختار وفيه زيادة على عدة الوفاة واما
ان عدتها حيضتان فهو قول عمر وعلي وابن عمر وبه قال ابن
المسيب وعطا وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن
اسلم والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي واحمد وابو ثور
ذكره في المغني ونقله عن مالك والشافعي غلط لكن غلطه باتباع
ابن المنذر فنقله من الاشراف نقل مسطر كما يتبع ابن الحاجب
الزمخشري في المفصل في غلطه وهو قول اكثر اهل العلم وعن ابن
سيرين ان عدتها عدة الحرة وهو قول داود الظاهري قال
الحافظ ابو جعفر الطحاوي فلما كان ما على الامة من العدة هو الحيض
لا الاطهار وهو نصف ما على الحرة ثبت قول الذين ذهبوا في الاقرا
الى انها الحيض وبطل قول مخالفيهم والدليل الثامن ذكر ابن
تيمية في المنتقى عن عايشة رضي الله عنها قالت امرت بريرة ان
تعتد بثلث حيض وعزاه الى ابن ماجه صاحب احد الكتب الستة
وعن ابن عباس امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بريرة ان تعتد

عدة الحرة ذكره ابو البركات بن تيميه فى المنتقى وعزاه الى احمد والدارقطنى
وقد بين ان عدتها ثلث حيض وهى كانت حرة وهو نص من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على ان عدة الحرة ثلث والدليل التاسع
الترجيح وذلك ان السر فى وجوب العدة معرفة فراغ الرحم عن
الشغل والحيض هو الذى جعله الشرع علما على فراغه دون الطهر
ولهذا لو كانت ممتدة الطهر لا اعتبار بالاطهار فى حقها حتى يدخل
سن الاياس والطهر يدل على الشغل دون الفراغ والخلو فكان
الحيض اولى بالاعتبار والدليل العاشر انهما قالوا باشتراط
اربعة اقرا والقول بعدمها اولى القولين بيانه انها لو طلقت
فى اول الطهر تعتد به قرا عندهم فتحتاج بعده الى طهرين وحيضة
فتصير اربعة اقرا وهى خلاف النص لانها اذا رات الدم من
الحيضة الثالثة لا تنقضى عدتها حتى يتم يوم وليلة اقل مدة
الحيض عندهم رواه البويطى عن الشافعى وعندنا يطلقها فى
اخر الطهر ولا اعتبار بذلك الجزء فى العدة فلم يكن الا ثلث حيض
والدليل الحادى عشر ان مذهبنا احوط والاخذ به اولى
لان الله سبحانه اوجب عليها العدة بثلثة قروء بنص الكتاب
فاذا لم تات بثلث حيض لم تخرج عن العهدة على تقدير ارادة
الحيض وعلى تقدير ارادة الاطهار بها فالاطهار موجودة فى الحيض
بالتفسير الذى ذكروه والدليل الثانى عشر فى ابطال
مذهبهم انه لو جاز ان يكون بقية الطهر الذى وقع فيه الطلاق
قرا تاما لجاز ان تنقضى العدة ببعض الطهر الثالث والتفرقة بينهما

تحكم وشغب والدليل الثالث عشر ان العدة انما تجب عليها بعد
الطلاق لانه سبب وجوبها فاذا طلقها فى اخر جزء الطهر وحاضت
عقيبه من غير فصل وجب ان تكون تلك الحيضة ابتدا عدتها لاستحالة
ان تكون العدة واجبة قبل الطلاق او حال وقوعه ولم يعتبر احد
فى وجود الحيض ان يكون عقيب الطلاق او متراخيا عنه فاوجب ذلك
ان يكون الحيض هو المعتد به فى الاقراء دون الطهر والدليل الرابع عشر
زعموا ان وجوب العدة تعبد غير معقول المعنى هكذا ذكره ابو بكر
ابن العربى فاذا وجبت بالاطهار لم يكن معقولة المعنى واذا كانت
بالحيض كانت معقولة المعنى لما ذكرنا غير مرة والاصل ان تكون
الاحكام الشرعية معقولة الحكمة والمعنى والتعبد على خلاف الاصل
بيان انها معقولة التفرقة بين الدخول وعدمه ووجوبها فى
فى النكاح الفاسد بعد الدخول بالوطء بالشبهة ومنع سقى زرع
الغير معقول وتضييع الانساب حرام وهذا معقول والدليل
الخامس عشر ذكر ابو على الحسن بن يحيى الجرجانى فى كتاب ضروب نظم
القران ان قوله تعالى ذكره والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة
قروء جاءت الاية مجىء العموم خص الله تعالى من هذا العموم خصوصا
جا بحى الايسا منه وان لم يكن بلفظه لانه مختص مما قبله فقال
واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر
ومثله واللائى لم يحضن ووجه الكلام فى مجاز العربية وسياق
التاليف والنظم ان يكون المخصوص من الشىء فى مثل معناه ومن
جنسه وان كان الحكمان فيهما مختلفين والمراة لا تخلو فى دهرها من

حالين الطهر والحيض والتى لا تحيض من صغر او كبر لها حال واحده
وهى الطهر فلما قال عز وجل بعد ذكر ما الزم المطلقه من العدد واللاى
يئسن من المحيض واللاى لم يحضن فذكر الحيض وليس الحيض من
جنس الطهر فى المعنى كان فى ذلك دليل على ان العموم الذى استثنى
منه هذا الخصوص مثله ومن جنسه لان قوله ثلثه اشهر
بدل وعوض من زوال الحيض وعدمه فلو كان الطهر ظرفا للعدد
التى اوجبها الله وهى مرور الايام والليالى او حالا لها لوجب
ان يوضع مكان الحيض الذى ذكره الله عند ما خص واستثنى الطهر
اذ معنى العدد فيه وهو ظرف لها ولو لم يكن الحيض ظرفا للعدد
وعلامه لاعدادها الموقته لم يكن لذكره فى الاختصاص والاستثنا
معنى ولا استحال وضعه فيها بموضع شرط ارصد له جزا وعنه عوض
قال وهذا الكلام ان كان فى معناه غموض فانه اذا مثل انبسط معناه
وتمثيله ان يقول الرجل لغلمانه البالغ منكم القوت يستحق كل
يوم مايه جرم فهذا عموم ايجاب منه عليهم فان اختص منه او
استثنى وجب ان يقول لمن لم يمكنه الاستقا وضعف عنه فعليه
درهم لان اخر الكلام من جنس اوله ومطابق له فلو وضع موضع
هذا الكلام غيره فقال لمن لم يكن له مال او ليس عنده ثوب
فعليه درهم كان قد فاوت بين القولين وباعد بين المعنيين اذ
لم يكن المخصوص من جنس العموم ومعناه وصار كانه كلام مستانف
ومنقطع عما قبله لان العاده الجاريه فى مجاز العربيه اذا اوجب
شى فى حال بعينها ثم اريد ابدال ما اوجب فيها بعله زوال تلك

الحال لم يجز ذكر زوال غيرها ففى هذا دليل على ان معنى القرء وتاويلها
الحيض لذكره تعالى الحيض عند اختصاصه واستثنائه منها لانه
لو كان اوجب ان يكون العدد طهرا فى ذكر القروء ثم اضرب عن ذكره
فى الموضع الذى اوجب العوض منه اذا عدم وذكر غيره من الحيض
الذى هو ضده لدخل فى تاليف ذلك من الاستكراه وتفاوت
المعنى ما دخل فيها مثلث والدليل السادس عشر وهو لو
انه كان اوجب ان يكون العدد الطهر ثم جعل البدل طهرا لم يكن
للواجب الذى عدم وابدل منه فوت اذ الطهر الذى جعله بدلا
مثل الطهر الذى عدم لانهما سوا فى زوال الحيض فيهما بل البدل
احرى من الاصل اذ لا يعرض خلاله حيض والاصل الذى عيض منه
طهر خلاله حيض ولا معنى للحيض عندهم فى العدد والدليل
السابع عشر وهو ما اجمعت عليه الامه ان المعتده التى لا تحيض
اذا اعتدت بشهرين وتسعه وعشرين يوما ثم رات الدم ان
عدتها بالشهور يبطل ويلزمها استقبال العدد فان كان العدد
هى الاطهار فقد جاءت بالاطهار ثلثه اشهر الا يوما واحدا فلم
ابطلت برويه يوم واحد دما ان لم يكن الحيض من العدد فى شى
وكانت العدد هى الطهر واذا ابطلوا طهرها المتقدم الذى جاءت به
طهرا نقيا لا حيض فيه وامروا باستقبال اطهار خلالها حيض
فما العله فى ذلك لولا ان الحيض هو العدد التى امر الله بها اذ الشى
الذى لا معنى له فى الشى لا يزيله ولا يغيره عن حاله فلما اجمعوا على
ان الحيض ينقض ما تقدمه من الطهر البدل كان فى ذلك دلاله على

ان عدتها صارت الحيض الذي هو الاصل فلذلك ابطل ما قبله من
الطهر الذي جعله بدلا من الحيض والدليل الثامن عشر قوله
تعالى واللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فقد نص على الحيض
في مكانين وذكر الياس عنه في الثالث ونقل الى البدل عند العجز
عنه فدل على انه الواجب الاصل في العدة فصار كالتيمم فلا
يكون الطهر من العدة بعد ذلك بالاجماع ولان المشترك لا
يعم في الايجاب واعترض ابو عمر بن عبد البر على قول اصحابنا
ان استبرا الامة بحيضة بالاجماع فقال ليس كما ظنوا بل
جامر عدنا ان ينكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت ان دمها
دم حيض قال كذا قال اسمعيل بن اسحق ليحيى بن اكثم حين
دخل عليه في مناظرته قلنا هذا مردود بقوله عليه السلام
ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة وقد تقدم وهي الكاملة حتى
لو قال انت طالق اذا حضت حيضة لا تقع حتى تحيض وتدخل
في الطهر بخلاف قوله اذا حضت ولا اعتبار بقول من قال ذلك
والدليل التاسع عشر روي ان امراة ثابت بن قيس اختلعت
من زوجها فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة
رواه النسائي وقضى بذلك عثمان رضي الله عنه رواه النسائي
وابن ماجه وهو مذهب عثمان وابن عمر وابن عباس وابان
واسحق واختار ابن المنذر وهو نص في اعتبار العدة بالحيض
ونحن زدنا في العدد والزيادة من العدل مقبوله ودل على ذلك
اطلاق المطلقات في الكتاب العزيز وقد خالفهم الزهري في

الاعتداد بالطهر الذي وقع فيه الطلاق واوجب ثلثة اقراء غيره
وقال ابو عبيد ان كان وطيها فيه لم تعتد به كالحيضة التي وقع
فيها الطلاق بالاجماع والدليل الموفي عشرين في الزام
ملك ذكر في المقدمات عن ملك ان الكتابية اذا مات زوجها
بعد الدخول تعتد بثلث حيض في قول فقد اوجب العدة على
الحرة في النكاح بالحيض الثلث ولم تعتد فيها الاطهار والدليل
الحادي والعشرون يقال قرا النجم اذا استقل والدم هو
الذي يستقل دون الطهر ذكره في المبسوط والمنافع قوله
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة
اشهر وهو اجماع والصغيرة والتي بلغت بالسن ولم تحض لقوله
تعالى واللاء لم يحضن اي واللاء لم يحضن كذلك اي فعدتهن
ثلثة اشهر فحذف المبتدا والخبر لدلالة ما تقدم عليهما قال
في الجامع الصغير امراة اتت عليها ثلثون سنة ولم تحض فعدتها
بالاشهر وكذا لو رات دما يوما او يومين لانه ليس بدم حيض
وفي المحيط ما لم تدخل في حد الاياس وفي جوامع الفقه فيما
دون الثلث تعتد بالشهور هو الصحيح وفي الثلث بالحيض وقال
ابو بكر بن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان الصبية
او البالغ المطلقة التي لم تحض كذلك الا ان تحيض قبل انقضا
الشهور الثلثة بيوم او اقل من يوم فان عليها استيناف العدة
بالحيض قال وممن حفظنا ذلك عنه سعيد بن المسيب ومجاهد

والزهري والشعبي والنخعي والثوري وملك واهل المدينه
واهل الكوفه والبصري وقتاده ومن تبعهما من اهل البصره
والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد وفي المغني اذا بلغت
خمس عشره ولم تحض عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وابن
حنبل او سبع عشره عند ابي حنيفه وملك فعدتها ثلاثه
اشهر عندهم وضعف ابو بكر من الحنابله الروايه المخالفه
لذلك عن احمد وهي انها تعتد بسنه اختلفوا في قوله تعالى
ان ارتبتم قيل ان ارتبتم في المسئله فعدتهن ثلثه اشهر والآيسه
كيف كانت تعتد بالاشهر وقالت الشيعه ان ارتبتم
في حال المراه ويأسها وان قطعت على الياس فلا عده عليها
وقيل ان ارتبتم فلا تدرون الكبر انقطع حيضهن ام لعارض
فعدتهن ثلثه اشهر فهذه مده المرتاب بها وفي المبسوط
وقال ملك المراد ارتياب المراه في حال نفسها انها هل تحيض
بعد هذا ولا حتى اذا ارتابت تربصت سنه ثم اعتدت بثلثه
اشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلثه قروء قالوا فيما بينهم
فان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فارتابوا في ذلك فنزل
قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وقد
فهموا من القرء الحيض وتقديره بسنه لا اصل له وفي المغني
اذا طلقها بعد ارتفاع حيضها ولا تدري ما رفعه تعتد بسنه
تسعه اشهر لتعلم براءه رحمها وثلثه اشهر عده الآيسه يروى
ذلك عن عمر وهو قول ملك وابن حنبل واصح قولي الشافعي

وعنه تتربص اربع سنين ثم ثلثه اشهر وفي الجديد تكون في
العده ابدا حتى تحيض او تبلغ سن الاياس فتعتد بثلثه اشهر
وهذا قول جابر بن زيد وعطا وطاوس والشعبي والنخعي والزهري
وابي الزناد وابي عبيد واهل العراق وهو قول اصحابنا وهو
مذهب علي وعثمان وزيد بن ثابت ذكره في البدايع ولا اعتبار
بالاشهر مع رجا الحيض كما لو علمت سبب ارتفاعه من مرض
او رضاع او غيرهما ولو كان المراد ارتيابهن في الحيض كما
قال ملك لقال ان ارتبن واختاره اشهب من المالكيه وان
كانت حاملا يعني المطلقه فعدتها ان تضع حملها اي انقضا
عدتها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد او بالوطي
بالشبهه وان كانت امه فعدتها حيضتان وعند ملك والشافعي
قرءان وهما طهران والحديث حجه عليهما وقد تقدم سنده
وذكرنا من رواه وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وهو
قول عمر وابن عمر وبه قال البصري والشعبي وسالم بن عبد الله
وعطا وابن المسيب والثوري والشافعي وعنه شهران وعنه
ثلثه اشهر ذكرها في المنهاج وقال الزهري وابن حنبل
واسحق عدتها شهران كالحيضتين وقال مجاهد وعمر بن
عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعه وملك ثلثه
اشهر ذكره في الاشراف والاعتداد بحيضتين قول عمر وابنه
وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطا وعبد الله بن عتبه

والزهري والشعبي والنخعي والثوري وملك واهل المدينه واهل الكوفه والبصري وقتاده ومن تبعهما من اهل البصره والشافعي وابن حنبل واسحق وابو عبيد وفي المغني اذا بلغت خمس عشره ولم تحض عند ابي يوسف ومحمد والشافعي وابن حنبل او سبع عشره عند ابي حنيفه وملك فعدتها ثلاثه اشهر عندهم وضعف ابو بكر من الحنابله الروايه المخالفه لذلك عن احمد وهي انها تعتد بسنه اختلفوا في قوله تعالى ان ارتبتم قيل ان ارتبتم في المسئله فعدتهن ثلثه اشهر والآيسه كيف كانت تعتد بالاشهر وقالت الشيعه ان ارتبتم في حال المراه ويأسها وان قطعت على الياس فلا عده عليها وقيل ان ارتبتم فلا تدرون ألكبر انقطع حيضهن ام لعارض فعدتهن ثلثه اشهر فهذه مده المرتاب بها وفي المبسوط وقال ملك المراد ارتياب المراه في حال نفسها انها هل تحيض بعد هذا او لا حتى اذا ارتابت تربصت سنه ثم اعتدت بثلثه اشهر ولكنا نقول لما نزل قوله تعالى ثلثه قروء قالوا فما بينهم فان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فارتابوا في ذلك فنزل قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم وقد فهموا من القرء الحيض وتقديره بسنه لا اصل له وفي المغني اذا طلقها بعد ارتفاع حيضها ولا تدري ما رفعه تعتد بسنه تسعه اشهر لتعلم براءه رحمها وثلثه اشهر عده الآيسه يروى ذلك عن عمر وهو قول ملك وابن حنبل واصح قولي الشافعي

وعنه تتربص اربع سنين ثم ثلثه اشهر وفي الجديد تكون في العده ابدا حتى تحيض او تبلغ سن الاياس فتعتد بثلثه اشهر وهذا قول جابر بن زيد وعطا وطاوس والشعبي والنخعي والزهري وابي الزناد وابي عبيد واهل العراق وهو قول اصحابنا وهو مذهب علي وعثمان وزيد بن ثابت ذكره في البدايع ولا اعتبار بالاشهر مع رجا الحيض ولو علمت سبب ارتفاعه من مرض او رضاع او غيرهما ولو كان المراد ارتيابهن في الحيض كما قال ملك لقال ان ارتبن واختاره اشهب من المالكيه وان كانت حاملا يعني المطلقه فعدتها ان تضع حملها اي انقضا عدتها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد او بالوطء بالشبهه وان كانت امه فعدتها حيضتان وعند ملك والشافعي قرآن وهما طهران والحديث حجة عليهما وقد تقدم سنده وذكرنا من رواه وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف وهو قول عمر وابن عمر وبه قال البصري والشعبي وسالم بن عبد الله وعطا وابن المسيب والثوري والشافعي وعنه شهران وعنه ثلثه اشهر ذكرها في المنهاج وقال الزهري وابن حنبل واسحق عدتها شهران كالحيضتين وقال مجاهد وعمر بن عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعه وملك ثلثه اشهر ذكره في الاشراف والاعتداد بحيضتين قول عمر وابنه وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطا وعبد الله بن عتبه

وسالم والقسم والزهري وقتاده وزيد بن اسلم ومالك والثوري
والشافعي واحمد واسحق ذكره ابن المنذر في الاشراف ونقله
عن مالك والشافعي غلط وقال ابن سيرين ما ارى عدة الامه
الا كعدة الحرة الا ان يكون في ذلك سنه فان السنه احق ان
يتبع قوله وعدة الحرة في الوفاه اربعة اشهر وعشر
مسلمه كانت او كتابيه تحت مسلم قبل الدخول وبعده صغيره
كانت او كبيره او ايسه وكان زوجها حرا او عبدا وهو قول
عامه اهل العلم وقال مالك يشترط معها حيضه في المدخول
بها مع ان الحامل تحيض عنده وخالف مالكا في اشتراط الحيضه
اشهب وابن الماجشون وسحنون ذكره ابن رشد في المقدمات
واختلف قول مالك في الكتابيه اذا مات زوجها عنها هل
تعتد كالمسلمه او بثلث حيض فقيل يستبرا بثلاث حيض
اذا حصل الثلاث كلها استبرا الا انها غير مخاطبه بشرايع الاسلام
على قول ومن ذهب منهم الى ان الاستبرا يحصل بحيضه والحصتان
عباده قال هنا تستبرا بحيضه ان كانت مدخولا بها وان
لم يكن فلا عده عليها في الوفاه ولا في الطلاق واسقاط العده
عنها في الوفاه حكاه عنه ابن الجلاب وان كانت صغيره او ايسه
او قبل الدخول حلت بمضي المده وفي المدونه من دخل بزوجته
ولا يوطا مثلها فلا عده عليها من طلاقه والنصرانيه قبل البنا
بها لا عده عليها لوفاه ولا طلاق واتباع الكتاب والسنه حتم
ولم يرد فيهما اشتراط حيضه مع المده المذكوره فيهما قال

الله سبحانه والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولم يفرق بين الصغيره والكبيره
والكبيره والمسلمه والكتابيه والمدخول بها وغير المدخول
بها وقال عليه السلام لا يحل لامراه تومن بالله واليوم
الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا
متفق عليه ولو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلثة قروء كالمطلقه
ولان الاستبرا بحيضه انما يكون في الاماء دون الحراير والعشر
عشر ليال وعشرة ايام عند الجمهور وقال الاوزاعي عشر
ليال وتسعة ايام ويتوفون فعل ما لم يسم فاعله ويتوفى متعد
قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها وقال قل يتوفاكم
ملك الموت الذي وكل بكم وحكي ان انسانا سال عن جنازه من
المتوفي فقال علي رضي الله عنه هو الله سبحانه ثم قال لابي الاسود
الدؤلي انح لهم يا ابا الاسود فكان ذلك سبب وضع النحو ثم
انه رضي الله عنه قرا والذين يتوفون منكم بفتح اليا على البنا
للفاعل واجاب صاحب الكشاف ان معناه يستوفون اجالهم
وانما حذفت التا من عشرا لان التاريخ بالليالي وعده
الامه شهران وخمسة ايام وهو مذهب الايمه الاربعه واصحابهم
وعن ابن سيرين وداود الظاهري ان عدتها عدة الحراير وقال
يحيى بن سعيد ان كانت الامة لم تحض اعتدت في وفاه زوجها
عدة الحراير الا ان تحيض حيضه قبل شهرين وخمس ليال فذلك
يكفيها والجمهور ان الرق منصف على ما عرف وان كانت حاملا

فعدتها ان تضع حملها واجمع اهل العلم في جميع الاقطار والاعصار
على ان المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا ان عدتها
تنقضي بوضع حملها كانت حرة اوامة وفي البدايع في الوفاه
والطلاق والفسخ من النكاح الصحيح والفاسد والوطي بالشبهه
بخلاف الزنا ولا يطاها حتى تضع الا ان يكون منه وقال علي
رضي الله عنه في روايه انها تعتد بابعد الاجلين وكذا عن ابن عباس
وقاله ابو السنابل بن بعكك في حياه رسول الله صلى الله
عليه وسلم فرد عليه وسنذكره بسنده قال صاحب
الكتاب لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
٥ حملهن وقد اريد بالمطلق غير المتوفى عنها زوجها كالمطلقات
وغيرهن والمطلق لا عموم له وقال عبد الله بن مسعود رضي الله
عنه من شا لاعنته لانزلت سورة النسا القصرى بعد
الاربعة الاشهر وعشرا اخرجه ابو داود والنساى وابن ماجه
واراد بها سورة الطلاق وان نزولها بعد نزول سورة البقره
فحمل اهل العلم ايه سوره البقره على الحوايل وهذه على الحوامل
والتخصيص اولى من دعوى النسخ ويروي باهلته وهو بمعناها
واستدلوا ايضا بحديث سبيعة بنت الحرث الاسلمية وكانت
تحت سعد بن خولة من بني عامر بن لوي وكان شهد بدرا فتوفي
عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها
بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها
ابو السنابل بن بعكك من بني عبد الدار فقال لها مالي

اراك متجملة لعلك ترجين النكاح انك والله ما انت بناكح حتى
تمر عليك اربعة اشهر وعشر قالت سبيعة فلما قال لي
ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسالته عن ذلك فافتاني باني قد حللت حين وضعت
حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي رواه البخاري ومسلم وابو داود
والنساى وابن ماجه والسنابل جمع سنبله واسمه لبيد
وقيل عمرو وحكي قولهما عن سحنون من اصحاب ملك وقد روي
عن ابن عباس الرجوع الى حديث سبيعه ويدل عليه ان اصحابه
كعطا وعكرمه وجابر بن زيد قالوا لو وضعت بعد موته
بساعه حلت للازواج وقال ابو جعفر النحاس لولاه لكان
القياس الجمع بين الاجلين بالايتين وكان وضعها بعد موته
بعشر ليال وعن ملك بعد نصف شهر وقال البخاري بعد
اربعين ليله وفي البدايع ببضع وعشرين ليلة وكره الحسن
البصري والشعبي ان تنكح في دمها وحكي عن حماد واسحق ان عدتها
لا تنقضي حتى تطهر من نفاسها واباه ساير الناس وقالوا لو وضعته
بعد ساعه من وفاته حلت للازواج ولكن لا يطاها حتى تطهر
وتغتسل عند البعض كما لو تزوج حاملا من الزنا وكالمحرم فان كان
حملها باثنين لا تنقضي عدتها الا بوضعهما عند عامة اهل العلم
وقال ابو قلابه وعكرمه تنقضي بوضع الاول ولا تتزوج الا
بعد وضع الاول ولا تتزوج الا بعد وضع الثاني وهو قول شاذ
يخالف لظاهر الكتاب وعن ابي بن كعب قال قلت يا رسول الله

واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن للمطلقة ثلثا او للمتوفى عنها
قال هي للمطلقة ثلثا وللمتوفى عنها رواه الدارقطني وعبد الله بن
احمد في المسند عن غير ابيه وعن الزبير بن العوام ان ام كلثوم بنت
عقبة كانت عنده فقالت له وهي حامل طيب نفسي بتطليقة فطلقها
تطليقة ثم خرج للصلاة فرجع وقد وضعت فقال ما لها خدعتني خدعها
الله ثم اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سبق الكتاب اجله
اخطبها الى نفسها رواه ابن ماجه ولا عدة على الزانية عندنا
وهو قول الثوري والشافعي وروي ذلك عن ابي بكر وعمر وروي عن
الحسن والنخعي وابن حنبل ان الزنى كالوطء بالشبهة وبالنكاح الفاسد
وهو بعيد لان النسب يثبت فيهما ولا يثبت بالزنا وعنه انها
تستبرأ بحيضة ويروى ذلك ايضا عن ملك وفي المحيط الوطء
في نكاح الفضولي لا يوجب العدة بخلاف النكاح الفاسد والوطء
بالشبهة لان نكاح الفضولي لم ينعقد في حق حكمه فلا يورث شبهة
واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف ثلث حيض او ثلثة اشهر ان كانت
لا تحيض هذا اذا كان الطلاق ثلثا او ثنتين بائنتين او واحدة بائنة
ولم يكن بسوالها وان كان واحدة رجعية او رجعيتين فعليها عدة
الوفاة بالاجماع قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل
العلم على هذا لانها كانت زوجة عند وفاته والقياس قول ابي يوسف
وبه قال ملك والشافعي وابو عبيد وابو ثور لان العدة وجبت
في حياته وهي مبانة والارث في شبهة النكاح لقصد الفرار ولو ارتد

وقتل على ردته او مات ترثه امرأته وعدتها على هذا الخلاف وقيل
عدتها بالحيض بالاجماع لانه جعل زايلا قبل الردة فتجب العدة بالحيض
ولم يجعل باقيا الى وقت موته كيلا يكون فيه توريث المسلمة من الكافر
ويأتي المسئلة في السير وما فيه من اختلاف العلما فان اعتقت الامة
في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر وان اعتقت
وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لقيام الزوجية
في الاولى وانقطاعها في الثانية وهذا قول الحسن والشعبي والضحاك
واسحق وابن حنبل وفي المنهاج يكمل في الرجعية في الاظهر ولا يكمل
في البائن في الاظهر وعند ملك لا يكمل فيهما وهو قول ابي ثور ويروى
عن عطا والزهري وقتادة انه يكمل فيهما اعتبارا بحال اعتدادها
كالحد وهذا بخلاف ما لو آلى منها ثم ابانها ثم اعتقها سيدها لا تصير
مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين الرجعي والبائن والفرق
ان البينونة ليست من احكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سوا
بخلاف العدة فانها مسببة عن الطلاق وهي تتعقبه فتعتبر فيها
صفته ولان في زيادة مدة العدة بالعتق اضرارا بها لمنعها من
التزوج في العدة وليس في زيادة مدة الايلاء بالعتق اضرار بها
فلهذا كان المعتبر حصول العتق مع بقا المدة قوله
وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما
مضى من عدتها وعليها ان تعتد بالحيض وتستانف العدة
وهو تجوز في العبارة لانها لا تحيض بعد ما ايست وانما كان ذلك
لابرهيم عليه السلام اذ كان عمره عند البشارة باسحق مائة سنة

وعمر زوجته الوالدة ثمانيًا وسبعين سنه وعمر زكريا بضعًا
وتسعين سنه وامراته عاقرا عجوزا وقيل ولد يحيى بعد البشاره
بخمس سنين قيل كان قاتل يحيى ولد زنا وكذا قاتل الحسين ومعنى
ما ذكر اذا راته على العاده لان عوده يبطل الاياس هو الصحيح
فظهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفيه تحقق الاياس وذلك
باستدامه العجز الى الممات كالفديه في حق الشيخ الفاني فاذا
حاضت يتبين انها لم تكن آيسه بل كانت ممتده الطهر وهذا
على قول من لا يوقت للاياس وقتا بل يظن انها ايست ثم يظهر
بخلافه فتستانف العده بالحيض حكاه الجصاص وفي الذخيره
الشهور بدل عن الحيض فيمن لا تحيض لصغر او كبر او فقد حيض قال
يريد به الايسه ومثله في الينابيع وفيه نظر ولا تقدير بالسنين
في حق الايسه في روايه واياسها على هذه الروايه ان تبلغ من السن
ما لا يحيض مثلها فاذا بلغت ذلك وانقطع الدم حكم باياسها فان
رات بعد ذلك دمًا كان حيضًا في حق بطلان الاعتداد بالاشهر
وفي حق فساد النكاح وفي روايه فيها تقدير واختلف الاقوال
فيه قال الصدر الشهيد المختار خمس وخمسون سنه وعليه
اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى فان رات دما بعد
ذلك هل يكون حيضًا على هذه الروايه فقد اختلف المشايخ
فيما بينهم قال بعضهم لا يكون حيضا ولا يبطل به الاعتداد
بالاشهر ولا يثبت به فساد الانكحه وقيل يكون حيضًا
ويبطل به الانكحه والاعتداد بالاشهر لوجود النص بخلاف

الاجتهاد وقيل ان كان قد حكم حاكم بصحه نكاحها ثم رات
الدم لا يقضى بفساد ذلك النكاح وكان حسام الدين الشهيد
يفتي ببطلان هذا النكاح وان قضى بجوازه وقيل انما يكون
حيضا بعد ذلك اذا راته اسود او احمر فان كان اخضر
او اصفر فلا اعتبار وفي الاسبيجابي قال محمد بن مقاتل الرازي
حد الايسه ان ياتي عليها خمسون سنه لما روي عن عايشه
رضي الله عنها انها قالت اذا بلغت المراه خمسين سنه لا ترى
قرة عين اي لا تلد وقال بعضهم ستون سنه وروي لا تلد
لستين الا قرشيه وقال ابو القسم الصفار سبعون سنه
فاذا رات الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيره
وعلى روايه عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لا يبطل
الاشهر وهو المختار عندنا ذكره الاسبيجابي وقدره محمد في الروميات
خمسا وخمسين سنه وفي غيرهن ستين سنه وعنه انه سبعين
رات دما كان حيضا اذا لم يكن عرافه وفي المرغيناني لو
اشترى زوجته وقد ولدت منه فاعتقها فعليها ثلاث
حيض حيضتان من فرقه النكاح يجتنب فيهما ما تجتنبه المطلقه
وحيضه من العتق لا يجتنب فيها ما تجتنبه المبانه فالحيضتان
الاوليان لفساد النكاح وللعتق يجب فيهما الحداد ولا يجب
في الباقيه لانها للاعتاق ولها النفقه والكسوه ولا يحرم
نكاح اختها او اربع سواها ولو طلقها طلقه باينه او ثنتين
باينتين ثم وطيها بعد ما حاضت حيضتين استانف العده فالبايه

والثالثة عدة الوطء لا يقع فيها طلاق ولا تستحق فيها النفقة
لانها عدة الوطء لا عدة الطلاق وقد يجب على المعتدة اربع عدد
وصورتها الامة الصغيرة طلقها زوجها رجعيا تعتد بشهر ونصف
فان حاضت فيها تنتقل الى حيضتين فان اعتقها مولاها في العدة
تصير عدتها ثلث حيض فان مات زوجها تنتقل عدتها اربعة
اشهر وعشرا ولو حاضت حيضة او حيضتين ثم ايست اعتدت
بالشهور ولا تبني على الحيض لان الجمع بين الاصل والبدل لا يجوز
والموطوءة بالنكاح الفاسد والشبهة عدتها الحيض في الفرقة
والموت كالمطلقة وهو قول الشافعي وابن حنبل ذكره في المغني
وقد تقدمت المسألة وفي الوسيط في الجديد اذا انقطع دمها
تتربص الى سن اليأس وفيه قولان احدهما اقصى مدة امراة في
دهرها مما يعرف في الصرود والجروم الصرود البلاد الباردة
والجروم البلاد الحارة والثاني تعتبر نساء عشيرتها من الاب والام
فان رات بعد الاعتداد بالاشهر ففيه ثلثة اقوال احدها يبطل
قبل النكاح وبعده والثاني قبله لا بعده والثالث لا يجب
الاستيناف فيهما وفي التنبيه تعتبر باياس اقاربها والثاني
اياس جميع النساء وكذا في المنهاج وقيل تقعد الى ان تعلم براءة رحمها
ثم تعتد بالشهور وفي قدر قعودها قولان احدهما تسعة اشهر
والثاني اربع سنين ثم تعتد ثلثة اشهر وفي المغني قال بعض
الشافعية اثنين وستين سنة وعن ابن حنبل مدته خمسون سنة
وعنه في العربية ستون سنة وفي المدونة بلغت الحرة ثلثين سنة

ولم تحض تعتد في الطلاق ثلثة اشهر قال مالك التي لم تحض
قط قبل الطلاق او الآيسة من المحيض ترى الدم بعد ما اخذت
في العدة فلترجع الى عدة المحيض وتلغي الشهور هذا ان قالت
النساء انه حيض وان قلن ليس بحيض او كانت في سن من لا تحيض
من بنات السبعين او الثمانين لم يكن ذلك حيضا وتمادت في
الاشهر وفي الينابيع ان حاضت ثم انقطع تصبر ستين سنة
وان كانت عادة امهاتها واخواتها انقطاعه قبل الستين تاخذ
بعادتهن وان كانت بعد الستين لا تاخذ بها وتاخذ بالستين ذكره
ابو الليث وذهب ابن لبابة من المالكية الى ان الصغيرة التي
ليست في سن من تحيض ويؤمن الحمل منها لا عدة عليها وكذا
الكبيرة التي انقطع عنها الحيض وقال انه مذهب داود الظاهري
قال صاحب المقدمات وهو شذوذ وفي التبصرة قاله ابو محمد
عبد الوهاب قال وهذا صحيح وفيه عدة الامة حيضتان ومن
النكاح المجمع على فساده تعتد بثلث حيض وقيل بحيضة استبرا
وفي النكاح الصحيح اذا طرا عليه فسخ تستبرا بحيضة والاستبرا
لا يعرف في الشرع الا في ملك اليمين وكيف يكون الاستبرا في
النكاح الفاسد بثلث حيض وفي النكاح الصحيح بحيضة وهذا
خلف فان قيل لم يجوزوا تكميل العدة بالحيض والاشهر قلنا في
ذلك التلفيق من الجمع بين الاصل والبدل وقد جوزتم اداء بعض
الصلاة بالوضوء وباقيها بالتيمم فقد جمعتم بين البدل والمبدل
وكذا جوزتم بناء الصلاة بالايماء على الركوع والسجود عند العجز

اجاب في البدايع بان الممتنع كون الشي الواحد اصلا وبدلا
وهنا كذلك لان العده شي واحد وفصل الصلاه ليس من
هذا القبيل لان ذلك جمع بين البدل والمبدل وذلك جايز
لانه بدل ومبدل وهذا لا يحمل احدهما بالاخرى ابدا ومنهم
من قال ان الصلاه بالتيمم ليست ببدل عن الصلاه بالوضوء
انما البدليه في الطهارة وكذا الصلاه بالايماء ليست بدلا عن
الصلاه بالركوع والسجود قال الصغاني الاياس
انقطاع الطمع واياس بالكسر من الاعلام ومنه ايست المراة
تايس وهو مقلوب من يئس ييأس يأسا وييئس مثل حسب
يحسب ويحسب ومن الاول آيس من رحمة الله والايسه
والصغيره ووزنه عفل وعافل وييئس فعل واليأس فعل
وليسا مثل جبذ وجذب فانهما لغتان من غير قلب احدهما من
الاخر وانما حكم على ايس بالقلب لان اليا وقعت في موضع الاعلال
ولم تعل لانها تحركت وانفتح ما قبلها وقياسه ان تقلب الفا ولم
تقلب فحكم عليها بالقلب ولكثره استعمال ييئس قال الله تعالى
كما يئس الكفار وقال حكايه عن يعقوب عليه السلام ولا
تيأسوا من روح الله واللائي يئسن من المحيض وانكر ابو القسم
الجزري الاياس لان ايس مقلوب ولا يكون له مصدر ولا نسر ورد
بانما مصدره الياس مصدر الاصل واياس عند المحققين مصدر
استه اي اعطيته من المواساه كعطا قوله واذا
مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وهو مذهب

عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال عطا واسحق والثوري
ذكر ذلك عنهم في المغني وقالت الايمه الثلثه تستبرا بحيضه
يروى ذلك عن ابن عمر وعايشه وعن سعيد بن المسيب وابي
عياض وابن سيرين وابن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن
عبد العزيز والزهري والاوزاعي واسحق وروايه عن ابن حنبل
انها تعتد باربعة اشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم اخرجه ابو داود وعن طاوس وعطا عدتها
شهران وخمسه ايام وحديث عمرو ضعفوه وفي الوسيط ام الولد
اذا اعتقت بعد ثلثه اشهر اذا كانت ايسه كالحره ولم يجعلوها
في الوفاه كالحره مع مخالفه الصحابه وقال ابن قدامه ليس
لقول من قال تعتد ثلث حيض وجه وانما ذلك للمطلقه
قلت هذا اقدام عظيم من ابن قدامه على تزييف قول
عمر وعلي وابن مسعود وترك الادب معهم وقوله باطل ولا يختص
ذلك بالمطلقه فان في النكاح الفاسد والوطي بالشبهه تعتد
ثلث حيض بعد التفريق ولا طلاق ثمه وليس لقوله في الاستبرا
بحيضه وجه لولا قول ابن عمر وعايشه رضي الله عنهم لان الحره لا
تستبرا فكيف بحيضه وقال الاوزاعي عدتها في موت مولاها
اربعه اشهر وعشر وفي اعتاقه ثلاث حيض ذكره عنه ابن المنذر
في الاشراف وفي المرغيناني تخرج ام الولد في عدة العتق عند
الظاهريه لا استبرا على ام الولد لا في العتق ولا في الموت وتزوج
من شاءت اذا لم تكن حاملا وان كانت حاملا فبالوضع وان كانت

ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر وعند الشافعي شهر وقيل ثلثة ذكر
ذلك في المنهاج وعن ابن حنبل شهران والاعتبار بالطهر الواحد
باطل لانه لا دلالة له على براة الرحم فلا يعول عليه في الاستبرا وقد
جعلوا اخر الطهر الذي وقع فيه الطلاق قرا ولم يجعلوا الطهر الذي
مات فيه سيدها قرا وخالفوا الحديث والمغني وفي احد قولي
الشافعي اذا مات السيد في حيضها يكفي الطهر الذي بعد تلك
الحيضه لانه كامل ولم نشترط الكمال في الطهر الذي طلقها فيه
ولو مات فيه لا تعتد به وفي الذخيره اذا اعتق المولى ام ولده
او مات عنها فلا عدة عليها وهو اجماع هذا اذا كانت تحت زوج
او في عدة زوج لانه لا فراش للمولى في وجوب العدة بزواله فلو
طلقها الزوج بعد اعتاقها فعدتها عدة الحراير وما انقضا عدتها
من الزوج تعود عدة المولى ثلث حيض في العتق والموت وان مات
المولى والزوج ولا يدري ايهما مات اولا وبين موتهما شهران
وخمس ليال فصاعدا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيهن ثلث
حيض وفي الاقل تعتد باربعة اشهر وعشر لا تعتبر فيها الحيض وان
لم تعلم ما بين موتيهما ولا ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشرة
ايام لا حيض فيها عند ابي حنيفه وعندهما تستكمل فيها ثلث حيض
وفي المبسوط اذا لم يعلم ايهما مات اولا وبين موتيهما اقل من شهرين
وخمسة ايام فعليها اربعة اشهر وعشر من اخرهما موتا احتياطا ولا
معتبر بالحيض فيها لانا تيقنا بعدم العده بالحيض فان المولى ان
مات اولا فقد مات وهي منكوحة الغير فلا عدة عليها منه

وان مات المولى اخرا فقد مات وهي معتدة من الزوج فلم تكن فراشا
للمولى ولكن من وجه عليها شهران وخمسة ايام وهو ما اذا مات
الزوج اولا ومن وجه عليها اربعة اشهر وعشرة ايام وهو ما اذا
مات المولى اولا فاخذنا بالاكثر احتياطا وان علم ان بين موتيهما
شهرين وخمسة ايام واكثر فعدتها اربعة اشهر وعشر ليال تستكمل
ثلث حيض فيها لانه ان مات الزوج اولا فقد انقضت عدتها
منه ثم مات المولى فعليها العدة بثلث حيض لانه مات بعد
ما صارت فراشا له وان مات المولى اولا فقد عتقت بموته ثم
عليها العدة بموت زوجها اربعة اشهر وعشر فجمعنا بين العدتين
احتياطا اما اذا لم تعلم كم كان بين موتيهما ولا ايهما مات اولا
فعند ابي حنيفه تعتد باربعة اشهر وعشر لا حيض فيهن وعندهما
تستكمل فيها ثلث حيض لابي حنيفه ان سبب وجوب العدة
بالحيض لم يوجد وهو زوال الفراش والاحتياط انما يكون بعد ظهور
سببه بيانه ان مات المولى اولا فهي منكوحه وان مات اخرا
فقد مات وهي معتده من الزوج وفي فروق الكرابيسي المعتده في
عدة الزوج تغسل زوجها ولا تغسل مولاها في عدته اذا كانت
ام ولد لانها ليست عدة النكاح بل هي استبرا وفي المنهاج لو
استبرا المستولده ثم اعتقها او مات عنها وجب في الاصح ولو
استبرا امة موطوءه فاعتقها لم يجب وتزوج في الحال قوله
واذا مات الصغير عن امراته وبها حمل فعدتها ان تضع حملها هذا عند
ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف ومالك والشافعي وابن حنبل عدتها

اربعة اشهر وعشرة ايام وهو رواية عن ابن حنبل قال في المغني
وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير زوجته فاتت بولد غير سقط
لاقل من ستة اشهر من حين العقد تعتد بالوضع عندهما وعندهم
لا اعتبار به لهم انه حمل منفي عنه فلا تعتد بوضعه كما لو
حدث الحمل بعد موت الصغير ولهما قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل ولان العدة في المتوفى
عنها زوجها مقدرة بوضع الحمل وليست لتعرف براءة الرحم
لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء بل لقضاء حق النكاح وفي هذا
المعنى يشترك الصغير والكبير بخلاف الحمل الحادث بعد الموت
لان العدة فيه وجبت بالاشهر فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن
فيه وجبت بوضع الحمل فافترقا ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث بها
الحمل بعد الموت اذ النسب يثبت منه فهو كالقائم عند الموت
حكما وقوله حمل منفي عنه فلا تعتد بوضعه يبطل بعدة الملاعنة
المنفي ولدها عندهم وفي المنهاج وتحصل بوضع ولد زنا في الاصح
عند الشافعي وابن حنبل وفي الحواشي لا مفارقة بين امراة
الصغير والكبير في ان الحادث بعد موتهما ليس منهما بل من الزنا
او من الوطء بالشبهة او النكاح الفاسد ولا تعتبر به حكم
العدة بل المراد بالحادث بعد الموت الذي تضعه بعد الموت
لاكثر من ستة اشهر واقل من سنتين والفرق بينهما ان هناك
يستند الى ما قبل الموت ويثبت نسبه فهو كالقائم عند الموت
وفي امراة الصغير لا يستند العلوق الى ما قبل الموت لعدم امكان

ثبوت النسب منه فحكمنا بفراغ رحمها عند الموت حملا لامرها على
الصلاح والزمناها العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل بعده
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الموجود عند الموت
والحادث بعده لان الصغير لا يتصور منه العلوق لعدم مائه
والنكاح انما يقام مقام الوطء المعلق في موضع التصور وفي
الينابيع الخلاف فيما اذا وضعته لاقل من ستة اشهر بعد موت
الصغير فان وضعته لستة اشهر فصاعدا فعدتها اربعة اشهر
وعشر واذا طلق الرجل امراته في حال الحيض لم تعتد بالحيضة
التي وقع فيها الطلاق بالاجماع بخلاف الطهر الذي وقع فيه
الطلاق عند مالك والشافعي والحجة عليهما قد ذكرناها فيما
تقدم ولان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا تنقص عنها
ولهذا حرم الطلاق فيها لتطويل العدة عليها واذا وطيت المعتدة
بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه
المراة من الحيض محتسبا به منهما جميعا فاذا انقضت العدة
الاولى ولم تكمل العدة الثانية فعليها تمام العدة الثانية وفي الينابيع
الوطء بالشبهة الموجبة للعدة على انواع منها المزفوفة ومنها
اذا طلقها ثلثا فتزوجها في العدة ووطيها ومنها لو وطي المطلقة
ثلثا وقال ظننت انها تحل لي ومنها اذا طلقها بالكناية فوطيها
في العدة ومنها اذا وطيت بشبهة ولها زوج فطلقها بعد
ذلك الوطء ففي هذه المواضع يجب عليها عدتان فتتداخلان
وتتاديان بعدة واحدة عندنا كما في الحيضتين سواء كانتا من رجل

واحدا او من رجلين وكانتا من جنس واحد او من جنسين كالمطلقة
اذا تزوجت في عدتها فوطيها الثاني وفرق بينهما وكالمتوفى
عنها زوجها اذا وطيت بشبهه وتحتسب ما راته من الحيض
في الاشهر من عدة الوطي وكذا لو كانت حايلا في عدة الطلاق
فوطيت بشبهه فحملت او كانت حاملا في عدة الطلاق فوطيت
بشبهه قلت الشبهه في المطلقه الطلاق الثلث في
الفعل والشبهه في الفعل لا تثبت النسب بالوطي وان قالت
ظننت انها تحل لي واذا لم تثبت به النسب لا تجب به العده
وفي قول صاحب الينابيع نظر وفي الذخيره تزوج منكوحه
الغير وهو لا يعلم لا تجب العدة بوطيها حتى لا يحرم على الزوج وطيها
وبه يفتى ذكره خواهرزاده وفي الجامع ان دخل بها الثاني
لم يقربها الاول حتى تنقضي عدتها للوطي بالشبهه وفي الفتاوى
ان دخل ولم يعلم انها منكوحه الغير تجب العدة وان علم فلا عدة
عليها وقد ذكرناها في باب نكاح اهل الشرك واعدتها هنا
لانها امس به وفي الوسيط ان كانت العدتان من شخص واحد
بان طلقها ثم وطيها بالشبهه تداخلت العدتان اذا اتفقتا بان
لم تكن احبالا وكانت من ذوات الاشهر او الاقرا فتعتد ثلثه
اشهر او اقراء وتنقضي العدتان ولو كان قد انقضى قرءان فوطيها
استانفت ثلثه اقراء واندرج القرء الثالث في القرء الاول
حتى تتمادى الرجعة الى انقضاء القرء ثم لا رجعة له في القرءين
الباقيين لانهما من الوطي بالشبهه ولا يلحقها فيهما طلاق ولا

يجب فيه نفقة ولا يمنع من الخروج فيهما وان اختلفتا بان كانت
احداهما بالحمل ففي تداخلهما وجهان احدهما التداخل كالمتفقتين
وهو الاصح والثاني لا وان كانت العدتان من شخصين بان طلقها
فوطيها غيره بالشبهه لم تتداخل العدتان ومثله عند ابن حنبل
وفي الجواهر العدتان المتفقتان بالقرء او بالاشهر تتداخل
اما من واحد بان يطاها المطلق في عدتها فيكفيها ثلثه قروء
من وقت الوطي وكذا في الاشهر واما من شخصين وذلك بان
تتزوج في عدتها غير المطلق فيفرق بينهما فان تلك حيض تجزيها
من الزوجين جميعا من يوم فارقها الثاني وتتداخل العدتان ايضا
وان اختلفتا اذا كانت احداهما بالحمل تنقضي العدتان بالوضع وروي
اندراجها تحتها وان كان من الثاني وفي ايثار الانصاف
منكوحة وطيت بشبهه ثم طلقها زوجها او طلقها اولا فوطيت
في عدته بشبهه او توفي عنها زوجها فوطيت في العدة بشبهه
فهنا عدتان عدة الوطي وعدة الزوج وتنقضيان بزمان
واحد عندنا سوا كانت من ذوات الاقرا او من ذوات الاشهر
والعده للاخرى فان كانت احداهما بحمل انقضتا جميعا بوضعه
وعند الشافعي وابن حنبل ان كانتا بالاقرا او بالاشهر قدمت
السابقه ثم تشرع في الاخرى وان كانت احداهما بحمل قدمت ثم
تعود الى الاقرا مذهبنا قول معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله
وهو المنصور عند المالكيه سلكت الشافعيه في ذلك
طرايق اربعا الطريقه الاولى ان العدتين حقان مقصودان

لآدميين ثابتي الحرمة فلا تتداخل كالدينين والحدين هذا لفظ العراقيين ووافقهم اهل نيسابور واعتبروها بالمدتين في منافع الاجارة اذ منافع الاجارة مستحقة للمستاجرين في مدة الاجارة فكذا منفعتها في مدة العدة وتعلق بها اهل اصبهان وعبارتهم من استوجب في عين حقا منع من اجله من استيجاب سبب مثل حقه فلم يتداخلا كل واحد كالمستاجرين في الاجارة والطريقة الثانية الاعتبار بالصوم هي لجميعهم ولهم فيها عبارات هذا لبابها والطريقة الثالثة لاوسط خراسان مرو وما والاها قالوا الواجب المعتبر لا يكفي بعضه عن كله وايضاحه ان هذه امراة وجب عليها ستة اقرا فكيف تتاتى بثلثه ويسقط عنها النصف ويكتفي بالبعض والطريقة الرابعة قول اهل ماوراء النهر العدة الواجبة عليها فعل قال الله سبحانه والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء فيقال اعتدت وتربصت وقدر هذا الفعل بمدة فلم يتصور وجود فعلين مقصودين في مدة متحدة كصومين في يوم والانفصال عنهم قولهم العدة حق مقصود لادمي كالدينين والحدين لا يصح فانها تنقضي بدون الكف وعلم الزوجين وذلك اذا طلقها الزوج او مات عنها ولم تعلم بذلك الا بعد مضي المدة حكم بانقضائها وبهذا يضعف جانب العبادة فيها والحق المقصود لا يبطل بدون علم صاحب الحق واسقاطه واما تشبيهها بالدينين فلا يصح لان الديون في المال دراهم ودنانير وعروض ومثليات لا يصح فيها التداخل ولو كانت حقا مقصودا للزوج او الزوجة جاز

اسقاطها واما الحدان فالتداخل فيها ممنوع فان من زنى مرات او شرب مرات او قذف مرات فانه يكتفي بحد واحد مع انه لا جامع بينهما واما تعلقهم بالاجارة فلا يصح لان ايضا المستاجر لا يتصور فيه تداخل لوجهين احدهما عقلي وهو عدم امكان الانتفاع لكل واحد من المستاجرين في وقت واحد والوجه الثاني ان كل واحد من المنفعتين قد قابلها اجرة وعوض فلم يتصور تداخلهما فاما العدتان فيمكن فيهما التداخل عقلا وشرعا لان العدة هي الكف عن الافعال ويتصور الكف عن افعال كثيرة والاعتبار بالصوم ضعيف جدا لان الغرض من الصوم اتعاب النفس ورياضتها على الصبر عن الشهوات وذلك يستدعي التعدد عكس الغرض والمقصود من العدة ولهذا اكتفي بعدة واحدة عن عدتين في حق الواحد واما قولهم العدة فعل ولا يتصور فعلان في مدة واحدة فتسميتهم العدة فعلا كتسمية الترك فعلا والكف عن المطالبات فعلا في الديون والمقصود من العدة تعرف براءة الرحم وهي تحصل بعدة واحدة ومعنى العبادة تابع كما ذكرنا وتعلقوا باثر عمر رضي الله عنه انه قال تستكمل العدة الاولى وتستقبل الثانية ثم لا يجتمعان ابدا ونقول بموجبه فانه تستكمل الاولى وتستقبل الثانية لا بعد استكمال الاولى مع ان الشافعي وابن حنبل لا يقولان بانهما لا يجتمعان ابدا ومن القبيح ان ياخذ ببعض كلامه ويترك باقيه ولنا سبعة مدارك المدرك الاول ان العدة مشروعة لمعرفة براءة الرحم

ومنع اختلاط الانساب فاكتفي بعدة واحدة عن وطئين بسببين
لحصول المقصود بها وعليه عول العراقيون واهل نيشاغور
واصفهان والمدرك الثاني ان العدة اجل محض فيكتفي بعدة
عن مدتين كالاجال في الحقوق والدليل على صحة الوصف في
الفرع قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن وقوله تعالى ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله وحقيقة ان الاجل مدة مضروبة
لحل التزويج فاذا انقضت ظهر حل التزويج كالدين المؤجل
والمدرك الثالث العدة منع وتاخير لحق المعتدة الى مدة وهي
في الحقيقة تحريمات مثل حرمة الخروج والبروز في المدة والزينة
للازواج واعدام هذه الاشيا من جهتها ويجوز ان يقضي بعدم
الشي في مدة وتنقضي به حق الكل كفعل الوطي وغيره يحرم بالصوم
وبالاعتكاف وغيرهما والمدرك الرابع القياس وهو انه
لو طلق الحامل فوطيها غيره بشبهة ثم وضعت الحمل انقضت به
العدتان فكذا غيرها بجامع الفراغ او وطيت الامة بشبهة ثم باعها
المالك لا يجب على المشتري الا استبرا واحد واصل العدة انما
هو استبرا ذكره المسلتين في روضة الفحول والمدرك
الخامس ان وطي الثاني يحب العدة والشروع فيها لا يتاخر عن
تقرر سبب الوجوب اذ لو تاخر انما يتاخر بسبب العدة الاولى
واصل النكاح لا يمنع شروعها في العدة الثانية اذا تقرر سبب
وجوبها كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة فاثره اولى ان لا يمنع
والمدرك السادس نكتة حسنية وهي عدم التداخل هنا

التداخل فيها اذا وطيها بشبهة لاجتماعهما وقد ثبت التداخل
ثمه فينبغي عدم التداخل هنا والا لاجتمعا بيانه ان الوطي
بالشبهة في العدة ان اوجب العدة يجب العدة الثانية فينبغي
اجتماعهما فاذا لم يجب هنا ينبغي اجتماعهما والمدرك السابع
نصوص جواز النكاح والعمومات والمعتدة عن وفاة اذا
وطيت بشبهة يحتسب ما تراه من الحيض من الشهور والحيض
جميعا الحيض للوطي بالشبهة وزمانها للشهور تحقيقا للتداخل
بقدر الامكان وفي المبسوط لو حاضت من الاول حيضة ثم وطيها
الثاني فعليها ثلث حيض حيضتان لتمام العدة الاولى ولابتدا
العدة من الثاني والحيضة الثالثة لاكمال عدة الثاني حتى لو تزوجها
الثاني في هذه الحيضة جاز ولا يجوز لغيره حتى تمضي هذه الحيضة
ولو راجعها الاول في الحيضتين دون الثالثة جاز لانه استدامه
وعدة الغير لا يمنعه من استدامته كما لو وطيت زوجته بالشبهة
حتى لا يطاها حتى تنقضي عدتها من الثاني ولو كان طلاق الاول
باينا فليس له ان يتزوجها بعد وطي الثاني لانها معتدتهما وكذا
ليس للثاني ان يتزوجها حتى تنقضي عدة الاول ولو تزوجت في
عدة الوفاة فدخل بها الثاني ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها
من الاول تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلث حيض للاخر وتحتسب
بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا ولو قال لامراتيه
احداكما طالق باينا ومات قبل البيان تعتد كل واحدة عدة الوفاة
والطلاق لاحتمال ذلك في حق كل واحدة فيجب احتياطا بخلاف

ما لو قال لامراته ان لم تدخلي هذه الدار اليوم فانت طالق ثلثا
ثم مات بعد مضي اليوم ولا يدري ادخلت الدار ام لا فعليها
عدة الوفاة لا غير قوله وابتدا العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق
والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها اعتبارا
لوقت وجود سبب وجوبها وعلى هذا جمهور اهل العلم قال
ابن حزم قد صح عن ابن عمر وابن عباس انها تعتد من يوم مات
او طلق قال ورويناه عن ابن مسعود وصح ذلك عن سعيد بن
المسيب والنخعي والشعبي وعطا وطاوس ومجاهد وابن جبير
وابي الشعثاء جابر بن زيد والزهري وابي قلابه ومحمد بن سيرين
وعكرمه ومسروق وعبد الرحمن بن زيد وهو قول ابي حنيفه وملك
والشافعي وابن حنبل واصحابهم وعن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
انها تعتد من يوم ياتيها الخبر وهو قول الحسن والثوري في الطلاق
والموت وبه قال خلاس بن عمرو وقال تعتد من يوم ياتيها الخبر
قال بعضهم ان قامت به البينه تعتد من يوم الموت والطلاق
وان لم تقم به البينه فمن يوم الخبر قاله مكحول وغيره وقال
داود الاصبهاني طلاق الغايب لا يقع اصلا حتى ياتيها الخبر
وتعتد المتوفى عنها زوجها من حين موته وعدم وقوع طلاق الغايب
تشنيع بغير برهان ولا شبهه ولا قياس شبهه مع ان الاقيسه
كلها باطله عنده وبعض المشايخ افتى في الطلاق ان يكون ابتداوها
من وقت الاقرار نفيا لتهمه المواضعه قالوا وانه حسن وقد

قدمنا ذلك فلا نعيده والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
اذا كان قد وطيها فيه او عزم الواطي على ترك وطيها وقال
زفر من اخر الوطيات وقد تقدمت المسئلة في النكاح وثمرة
الخلاف تظهر فيما اذا وطيها وحاضت حيضه ثم عزم على ترك
وطيها ولم يطاها فعنده تحتسب تلك الحيضه من العدة وعندنا
لا وعدة الوفاه لا تجب في النكاح الفاسد وتعتد بثلث حيض
يعني لو كان وطيها فيه ذكره في الذخيره وعند الظاهريه لا عده
في النكاح الفاسد كما لا طلاق فيه ونحن اوجبنا العدة لحق الولد
لانه ثابت النسب للوطي بشبهه العقد وهو قول العامه
ولا معتبر بابن حزم ومذهبه ولو طلقها في بعض النهار او في
بعض الليل مثل نصف النهار او نصف الليل اعتدت من ذلك
الوقت الى مثله اذا كانت من ذوات الاشهر وهو قول الجمهور
وعن ملك وابي عبد الله بن حامد من الحنابله انها لا تحتسب
بالساعات وانما تحتسب باول النهار واول الليل لما روي
في ذلك من المشقه قلنا لا تجوز الزياده على العدة بالراي
الضعيف وفي المحيط ان وقع الطلاق في غرة الشهر اعتبرت
العدة بالاهله وهو اجماع وان وقع في اثنا الشهر فعند ابي حنيفه
تعتبر تسعين يوما في الطلاق ومايه وثلثين يوما في الوفاه وهو
روايه عن ابي يوسف وعند محمد يكمل الاول بالرابع وما بينهما
بالاهله وهو روايه عن ابي يوسف ايضا وبه قال ملك والشافعي
وابن حنبل ذكره في المغني قال ابن قدامه وقال ابو حنيفه تحتسب

بقيه الاول من الشهر الرابع بقدر ما فاتها من الاول تامًا كان
او ناقصًا قال وخرج اصحابنا وجها ان جميع الشهور محسوب
بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعى لانه اذا حسب الاول
بالعدد كان ابتدا الثانى من بعض الشهر فيجب ان يحسب كذلك
وكذا الثالث قلت وهو قول ابى حنيفه كما ذكرته وما
نقله عنه غلط من ناقله وعلى هذا لو آلى من امراته فى اثنا الشهر
او حلف لا يكلم فلانا اربعه اشهر او اجر داره سنه وكذا السن
فانه يعتبر الكل بالايام عند ابى حنيفه وعند محمد كما وصفنا وكذا
لو شرع فى صوم الكفاره فى نصف الشهر فعنده يصوم ستين
يومًا وعند محمد يتم الشهر الاول بالايام والثانى بالهلال وذكر
الصدر الشهيد فى الفتاوى الصغرى ان الشهور فى العده تعتبر
بالاهله بالاجماع وفى المحيط يفصل بين كل طلقتين ثلاثين
يوما فاذا طلقها الثالثه بقى من عدتها ثلثون يوما قيل هذا
قول ابى حنيفه وعندهما تعتبر الفاصل بين الطلاقين بالايام
وانقضا العده بالاهله بعد الشهر الاول وقيل هذا قول
الكل وهو الصحيح وفى الذخيره واكثر مشايخنا لا يطلقون
لفظ الوجوب فى العده على الصغيره لانها غير مخاطبه لكن ينبغى
ان يقال يعتد بكذا وفى المحلى اوجب ملك على الصغيره عده
الوفاه ولم يوجب عليها عده الطلاق بعد الدخول ولا نعلم
احدا قاله قبله وهو ساقط بيقين قلت له وجه
فان الدخول ليس بشرط فى وجوب عده الوفاه وهو شرط فى

عده الطلاق بالاجماع وهذا الدخول كلا دخول لعدم المحليه اذا
كانت صغيره جدا واذا قالت المعتده انقضت عدتى كان
القول قولها مع يمينها اذا كانت المده يحتمل ذلك وقد ذكرناه فيما
تقدم ومذاهب العلما فى مقدار المده التى تصدق بعد مضيها
لانها امينه فى ذلك والقول قول الامين مع اليمين كالمودع
اذا ادعى الهلاك فى الوديعه او ردها الا اذا انكر الايداع
ثم ادعى الرد او الهلاك عنده فانه يضمن الوديعه ولا يقبل
قوله وفى الذخيره المطلقه ثلثا تصدق فى انقضا العده
فى اربعه اشهر عند ابى حنيفه على تخريج بعض ايمه سمرقند وقال
نجم الدين عمر النسفى لا تصدق وهو الصحيح لانها مده العدتين
ولا بد من زمان زايد لاجل نكاح الثانى ووطيه اياها وطلاقه لها
مسله يجب العده على كل من خلا بها زوجها خلوه صحيحه
ولم يطاها روى ذلك عن الخلفا الراشدين وزيد بن ثابت وابن
عمر وبه قال عروه وعلى بن الحسين زين العابدين وعطا والاوزاعى
والزهرى والثورى وملك وابن حنبل واسحق والشافعى فى القديم
قال فى الجديد لا يجب العده وهو محجوج بالصحابه رضوان الله
عليهم وروى الامام احمد والاثرم باسنادهما عن زراره بن ابى اوفى
قال قضى الخلفا الراشدون ان من ارخى سترا او اغلق بابا فقد
وجب المهر ووجبت العده وضعف احمد ما روى فى خلاف ذلك
وقد تقدمت المسله فى باب المهر وفى التحفه الخلوه الفاسده
فى النكاح الصحيح ان يمكنه الوطى بها مع المانع كالحيض والاحرام

والصيام ونحو ذلك تجب العدة بها دون كمال المهر وان كان مع
المانع حسيا كالمريض والمريضة التي تتعذر وطيها والصغير والصغيرة
التي لا يتصور منهما الجماع فلا عدة في ذلك وفي المغني ظاهر كلام
الخرقي انها تجب مع المانع حسيا كان كالجب والعنة والرتق
او شرعيا كالصوم والاحرام والحيض والظهار وان كانت صغيرة
لا يمكن وطيها او كان اعمى ولم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل مهرها
وفي المبسوط خلوة العنين والمجبوب توجب العدة وكمال المهر
عند ابي حنيفة وعندهما تجب العدة استحسانا واشار في كتاب
الطلاق الى انه لا تجب بها العدة عندهما واختلف الجواب لاختلاف
الوضع لعدم الوجوب في مجبوب جف ماؤه ومثله في المحيط

قوله واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او
وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل
الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف قال ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه
وهو قول ابرهيم والشعبي واشعث وهو رواية عن ابن حنبل وقال
محمد والشافعي في رواية عن ابن حنبل لها نصف المهر وتمام العدة
الاولى وقال زفر لا عدة عليها لسقوط الاولى بالنكاح ولا تجب
العدة بعد الطلاق الثاني لانه طلاق قبل الدخول والخلوة ومحمد
يقول النكاح منع من الاعتداد فاذا زال النكاح بالطلاق عادت
بقية العدة كما لو اشترى ام ولده التي استولدها بالنكاح بعدما
طلقها وهي في العدة ثم اعتقها تجب عدة الطلاق دون عدة الاعتاق

وقول زفر ضعيف لان اسقاطها بالكلية يفضي الى اختلاط المياه
واشتباه الانساب لانه اذا طلقها باينا بعد الدخول ثم تزوجها
وطلقها فتزوجها زوج ثان قبل ان تحيض فلا يعلم فراغ الرحم وجواز
التزوج بها للزوج الاول في عدتها قول الجمهور وبه قال سعيد بن
المسيب وعطا وطاوس والزهري والحسن وقتادة والايمة الاربعة
وشذ بعض المتاخرين فقال لا يحل له التزوج بها في عدتها ولا
خطبتها لانها معتدة والعدة عبادة فلا يجوز ابطالها قلنا
السر في وجوب العدة صيانة مائه ولا نصان ماؤه عن مائه
واعلم ان هنا عشر مسايل مبنية على ان الدخول في العقد
الاول هل يكون دخولا في العقد الثاني حكما ام لا فعندهما يكون
دخولا في الثاني وعند محمد لا يكون المسئلة الاولى اذا دخل بها في
الصحة وطلقها فيها طلاقا باينا ثم تزوجها في المرض في عدتها
وطلقها فيه طلاقا باينا قبل الدخول هل يكون فارا او ترث ام لا
فعندهما ترث في العدة ولها المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة
وكذا لو كان الطلاق الاول في المرض والطلاق بالصحة يكون رجعيا
وتثبت له الرجعة عندهما وعند محمد باين ولا رجعة له ولا ترث
المسئلة الثانية لو تزوجت غير كفو ودخل بها ففرق القاضي
بينهما ثم تزوجها ثانيا بغير اذن الولي وفرق القاضي بينهما قبل
الدخول كان لها عليه المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة عندهما
استحسانا وعند محمد لها نصف المهر في العقد الثاني وتمام العدة
الاولى وعند زفر لها نصف المهر بالثاني ولا عدة عليها كما تقدم

والمسئلة الثالثة تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها ثم طلقها باينا ثم تزوجها في العدة على الخلاف وهي المذكورة اولا ٥ والمسئلة الرابعة تزوج صغيرة ودخل بها فاختارت نفسها بخيار البلوغ ثم تزوجها في عدتها ثم طلقها قبل الدخول بها فهي خلافية كما تقدم والمسئلة الخامسة تزوج صغيرة ودخل بها ثم طلقها باينا ثم تزوجها في العدة ثم بلغت واختارت نفسها قبل ان يدخل بها فعلى هذا الاختلاف والمسئلة السادسة تزوج امراة ودخل بها ثم ارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول والمسئلة السابعة تزوج امراة ودخل بها ثم طلقها باينا ثم ارتدت قبل ان يدخل بها فعلى الخلاف الذي ذكرناه والمسئلة الثامنة تزوج امة ودخل بها ثم عتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها ولم يدخل بها والمسئلة التاسعة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها باينا ثم تزوجها في عدتها ثم عتقت فاختارت نفسها قبل الدخول والمسئلة العاشرة تزوج امراة تزوجا فاسدا ودخل ففرق القاضي بينهما ثم تزوجها نكاحا صحيحا ثم طلقها قبل ان يدخل بها فهي على الاختلاف المذكور **قال** في الذخيرة واكثر هذه المسائل في باب الكفاءة من نكاح شمس الدين شمس الائمة السرخسي ولابي حنيفة وابي يوسف انها مقبوضة في يده بالوطء فبقي القبض ما بقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة في يده ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح

كالغاصب لو اشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد وكذا لو كان المغصوب غايبا عنه فانه يصير قابضا بنفس العقد فكان طلاقا بعد الدخول حكما **قلت** هذا قياس شبه وهو ضعيف عند من يقول به **قوله** واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا قول ابي حنيفة وفي الذخيرة ان كانت الذمية حاملا تمنع من التزوج اذا كان كذلك في دينهم على قول ابي حنيفة وهكذا وقع في بعض النسخ وفي بعضها تمنع من التزوج على قوله ولم تذكر الزيادة ووجهه ان المنع لم يكن لوجوب العدة عليها لانها لا تخاطب بالعبادة ولا بما فيه معنى العبادة بل لان في بطنها ولدا ثابت النسب الا ترى ان المولى لا يتزوج ام ولده وهي حامل وان لم يجب عليها عدة فان كانت الرواية بالزيادة فابو حنيفة يرى وجوب العدة على الذمية لحق زوجها الذمي اذا كان يدين بذلك وعنه لا تتزوج الا بعد الاستبراء وعنه انها تتزوج لكن لا يطاها الا بعد الاستبراء والمهاجرة اذا كانت حاملا فعن ابي حنيفة روايتان روى ابو يوسف عنه انه يجوز نكاحها ولا يطاها حتى تضع وهو اختيار الكرخي كالحامل من الزنا اذ لا حرمة لماء الحربي وروى محمد عن ابي حنيفة انه لا يتزوجها وفي المنتقى عن ابي يوسف ما يدل على انه لا عدة عليها فانه قال لو تركت زوجها في دار الحرب وتزوجت وهي حامل جاز وان جاء زوجها مسلما وتركها في دار الحرب فلا عدة عليها في قولهم جميعا فلم يوجبها على الحربية من

المسلم بخلاف الذميه من المسلم عندهما بخلاف احكام الاسلام
في دار الاسلام وقوله وقالا لا عليها وعلى الذميه العده اما
الذميه فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في جواز نكاح
محارمهم وقد بيناه في النكاح قلت الذي بين
ان الذميه اذا تزوجت بغير شهود او في عده كافر اخر
وذلك في دينهم جايز ثم اسلما اما التزوج بالمحارم فحرام
ويفرق بينهما اذا اسلما بالاجماع وقول ابي حنيفه فيما اذا
كان في معتقدهم انه لا عده عليها واما المهاجره فوجه قولهما
ان الفرقه لو وقعت بسبب اخر وجبت العده فكذا بالتباين
بخلاف ما اذا هاجر وتركها هنالك لعدم التبليغ ولابي حنيفه
قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلقا وقوله تعالى
ولا تمسكوا بعصم الكوافر جمع كافر كفوارس ونواكس وهو الكثير
وجوامع وموانع وهو قليل فان فاعلا اذا كان صفه جمع على
تسعه امثله وفواعل في المذكر قليل وبابه المونث ولان
العده حيث وجبت كان فيها معنى حق بني ادم والحربي ملحق
بالجماد ولهذا يتملك بالاستيلاء عليه الا ان يكون في بطنها
ولد ثابت النسب فانه لا يجوز التزوج بها على الاصح وفي روايه
عنه هي كالحبلى من الزنا وفي الاسبيجابي الاول ظاهر الروايه
مسله في البدايع عده المستحاضه وغيرها سوا وهي
ثلث حيض وقد تقدم ان المستحاضه ان كان عاده ردت الى ايام
عادتها فما زاد عليها استحاضه وان ابتدات مستحاضه فحيضها

من كل شهر عشره ايام اكثر الحيض والزايد عليها استحاضة
وفي السنه المستحاضه المبتداه والناسيه لعادتها تعتد
بثلثه اشهر وفي التبصره المالكيه عده المستحاضه سنه عند
سعيد بن المسيب واليه ذهب عبد الملك وعند قتاده وعكرمه
والشافعي وابن حنبل ثلثه اشهر اذا لم يوجد تمييز وذكر
الداوودي في النصيحه انها تعتد بسته اشهر وعده
الامه حيضتان ومن النكاح المجمع على فساده تعتد بثلث حيض
وقيل بحيضه استبرا وان مات زوجها في النكاح الفاسد
بعد الدخول تعتد بثلث حيض وباربعة اشهر وعشر ولا عده
عليها قبل الدخول وفي النكاح الصحيح اذا طرا عليه فسخ
تستبرا بحيضه وفي نوادر ابن ابي زيد من كتاب ابن المواز
قال مالك عده المستحاضه في الطلاق سنه كالمرتابه فتسعه
اشهر استبرا وثلثه عده حره كانت او امه او كتابيه والرجعه
في ذلك قايمه وفي المدونه وقال ابن القسم كان في ذلك
يطاها ام لا قلت اذا كان يطاها يجوز ان يكون قد
حبلت من اخر وطيه في اخر السنه فكيف تنقضي عدتها مع قيام
الحبل وفي المحلى لو حاضت ثم انقطع دمها فلا بد من التربص
ابدا حتى تحيض او تدخل في سن الياس هذا عن عثمان وعلي وزيد
ابن ثابت وعبد الله بن مسعود وعن ابن عباس وابن عمر
من طريق ابن وهب وهو قول ابي الشعثا جابر بن زيد وابي حنيفه
والثوري والشافعي وابي سليمان وابي عبيد وعن عمر ينتظر تسعة اشهر

ثم تعتد ثلثة اشهر وعن الحسن وابن المسيب مثله وهو قول ملك
وابن حنبل واسحق قال علي بن حزم لا حجة لهم في ذلك من كتاب
ولا سنة ولا قياس ولا راي ولا يصح ذلك عن عمر قال وروينا
عنه خلافه وقول ابن حنبل اذا كان لا يعلم سبب ذلك فان كان
بمرض او رضاع انتظرت الياس وفي المغني وفي احد قولي الشافعي
تعتد باربع سنين ثم ثلثة اشهر والجديد الاول وقد ذكرت هذه
المسئلة قبل هذا واعادتها لفوايد لم نذكرها هناك فان عاد الحيض
لها في السنة قبل نكاحها ففيه وجهان عند الحنابلة في احدها
يلزمها العود الى الحيض وبطل ما مضى من الاعتداد بالسنة
والوجه الثاني لا تعود كما لو تزوجت وعن محمد بن يحيى بن حبان
ابن منقذ قال كان عند جدي هاشمية وانصارية فطلق الانصارية
طلقة رجعية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض
فورثها عثمان فلامته الهاشمية فقال هذا عمل ابن عمك علي بن
ابي طالب اشار علينا به رواه الاثرم وفي الروضة ومن
انقطع دمها لمرض او داء باطن او رضاع او غير ذلك صبرت حتى
تحيض او تبلغ سن الياس فتعتد بالاشهر ولا تبالي بطول المدة
وان انقطع بغير علة فالجديد كالعلة وفيه استدخال المراة
مني الرجل يقام مقام الوطي في وجوب العدة وثبوت النسب
وفي التتمة وجه شاذ انه لا يقام فصل قوله
وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد
في المغرب حداد المراة ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها

لانها منعت عن ذلك او منعت نفسها وقد احدت احدادا
فهي محد وحدت تحد حدادا فهي حاد ذكره المنذري ولم يعرف
غير احد فالحداد من الثلاثي والاحداد ايضا ثياب الماتم
السود وقال ابن شداد في احكامه احد وحد لغتان
وهو من الحد وذلك منعها مما ذكرناه ونذكره لكن لم نذكر
في الحد حداد ولا احد وفيه مسايل المسئلة الاولى
قال صاحب البدايع لا خلاف بين الفقها ان المتوفى عنها
زوجها يلزمها الحداد قلت فيه خلاف الحسن بن
ابي الحسن البصري والحكم بن عتيبه والشعبي انه لا احداد
عليها وحجته قوله عليه السلام لا يحل لامراة تومن بالله
واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلث الا على زوجها اربعة
اشهر وعشرا والاستثنا تكلم بالحاصل بعد الثنيا وما بعده
لا حكم له ولو سلم انه للاثبات بعد النفي فمقتضاه الحل دون
الايجاب وسياتي الكلام عليه وقال ابن قدامه لم يخالف
فيه الا الحسن البصري وقلد فيه ابن المنذر وقد ذكرت
خلاف الحكم والشعبي ايضا ذكره ابن حزم في المحلى وقال صاحب
البدايع ايضا قال نفاة القياس لا احداد على المتوفى عنها
زوجها قلت الحداد فرض عليها عندهم ذكره ابن
حزم في المحلى ووجوبه بالنص الصحيح لا بالقياس ليخالف فيه
نفاة القياس فايدة البصرة مثلثة والنسب اليها
بالفتح والكسر لا غير والمسئلة الثانية يجب على المطلقة البته

والثنتين البائنتين والواحدة وبالخلع وغيره وهو مذهب
سعيد بن المسيب وابرهيم النخعي وابن سيرين والثوري والحسن
ابن حي وابي عبيد وابي ثور وابن حنبل في المشهور ورواه
الشافعي ولم يوجبه ولم بن عطا ومالك وابو سليمان من الظاهرية
وفي الروضه روى ابو ثور عن الشافعي استحباب الحداد في
الرجعيه وقال عامتهم يستحب لها ان تتزين بما يدعو الى
رجعتها كقولنا وفي البائن وجوب الاحداد في القديم وفي
الجديد الاظهر انه لا يجب بل يستحب وفي المنهاج في قول يجب
وعلل الشافعي بان الحداد انما وجب اظهارا للتاسف على فوت
زوج وفى بعهدها الى مماته حتى فرق الموت بينهما والمطلق
قد اوحشها بالابانه فلا تتاسف على فوته وقال ابن حزم
لم يوجبوا على المختلعة والمطلقه طلقه باينه قلت ليس
كما نقل وهو كثير الغلط في نقل مذاهب الناس فقد ذكر في المبسوط
انه يجب على المختلعة والمطلقه طلقه باينه وقال ابن حزم
قولهم انما وجب الحداد لاظهار الحزن قلنا هذا هو الكذب بعينه
فالحزن على الابوين اشد وعلى النبي عليه السلام اوجب واعظم
وقد تكون الزوجه مسروره بموت زوجها لبغضتها فيه وظلمه
وجوره عليها وسوء عشرته لها وسوء خلقه قال ولانه
لو كان لاجل حزنها والتاسف عليه لكان مباحا بعد انقضاء
العده بخلاف الميت فانه يقدر على منعها من الزينه لكونه
حيا ولنا ما روى انه عليه السلام نهى المعتده ان تختضب

بالحنا وقال الحناء طيب ذكره في المبسوط وغيره ورواه النساى
وعنه انه رخص للمراة ان تحد حتى تنقضي عدتها ذكره ابن المنذر
ولان الحداد ان كان للتاسف كما زعم فالتاسف على فوت نعمه
النكاح الذي كان سببا لصونها وكفايه مؤنتها موجود في
الطلاق الثلث والباين وذلك اقطع لها من الموت فانها كان
لها ان تغسله ميتا قبل الابانه لا بعدها ولان العده يحرم
النكاح فيحرم دواعيه فقد يقول بسد الذرايع بخلاف الرجعيه
فانها زوجه ولهذا استحب الاحداد فيه بالاتفاق والمسله
الثالثه لا يجب على الصغيره والمجنونه والكتابيه عندنا مع
وجوب العده عليهن وهو قول اشهب وابن نافع واوجبه
مالك والشافعي والظاهريه عليهن قال ابن حزم يجب على
الصغيره ولو كانت في المهد واعتبروه بوجوب العده عليها
وقالوا يخاطب وليها بذلك كما في الزكاه عندهم وقد قال
اصحابنا يحرم لبس الحرير على الصبيان والاثم على ملبسهم فينبغي
ان يكون هنا كذلك والكافر غير مخاطب بحقوق الشرع
وايجابه على من في المهد ضعيف جدا لان في النص قال لا
يحل لامراه يومن بالله وفعلها لا يوصف بالحل والحرمه ولا
تسمى من في المهد امراه ولو كان يروى في ذلك خرجت بقوله يومن
بالله واليوم الاخر فان ايمانها بذلك محال وانما يحكم به تبعا
لابويها ولا فعل منها اصلا والعده ليست فعلها وانما ذلك
منع الخطاب من الاقدام على التزوج بها وخطبتها فيها والحداد

حصها وهي غير مخاطبة به واختاره ابن المنذر ولانها لو اكتحلت
في هذه الحال او اختضبت او لبست المزعفر لا تاثم لعدم
التكليف لها من الشارع فلا معنى لوجوبه عليها وكذا لو
فعلت المجنونة ذلك والحداد ان تترك الطيب والزينة والكحل
والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا
من وجع ولبس الثوب المصبوغ بالعصفر والزعفران والورس
لان ذلك للزينة وفي المرغيناني ان كان المصبوغ غسيلا
لا ينفض فلا باس به مراده اذا لم تقصد به التزين والمسئلة
الرابعة لا تلبس الحلي عند الجمهور كالائمة الاربعة
وغيرهم وذهب الظاهرية الى جوازه وعن ابي يوسف تلبس
الخز الاحمر والقصب وهي رواية النوادر عنه قال شمس
الائمة السرخسي تاويله اذا لبست لا على قصد الزينة وفي
المبسوط ولا ثوب عصب قال في المحلى وصح عن ابن عمر
انها لا تتزين بحلي ولا تلبس شيئا تريد به الزينة وعن ابن عباس
انها تجتنب الطيب والزينة ولا تلبس الحلي وكذا عن عطا وسعيد
ابن المسيب وعروة بن الزبير ويحيى بن سعيد وربيعة وعمرة
بنت عبد الرحمن والزهري وقال داود واصحابه تلبس الحلي
كله من الذهب والفضة والجوهر والياقوت والزمرد وغير ذلك
والمسئلة الخامسة يباح لها الكحل للضرورة والرمد وهو
قول الائمة الاربعة واصحابهم وعامة اهل العلم وقالت
الظاهرية فرض عليها اجتناب الكحل للضرورة وغيرها ولو ذهبت

عيناها ذكره ابن حزم في المحلى احتج لذلك بان زينب بنت ابي سلمة
قالت سمعت امي ام سلمة تقول جاءت امراة الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد
اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا مرتين او ثلثا كل ذلك يقول لا ثم قال النبي عليه السلام
انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن في الجاهلية
ترمي بالبعرة على راس الحول قال حميد بن نافع فقلت لزينب
وما ترمي بالبعرة على راس الحول فقالت زينب كانت المراة اذا
مات زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا
حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به
فقل ما تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع
بعد ما شاءت من طيب او غيره وسئل مالك ما تفتض قال
تمسح به جلدها رواه البخاري وهذا لفظه ومسلم ولم يذكر
قول مالك وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه فمنع
النبي صلى الله عليه وسلم مع ذكر الضرورة والحاجة الى الكحل
والرمد المنع مرتين او ثلثا فعلم انه لا يجوز استعماله اصلا والحفش
البيت الصغير الضيق وقيل هو شبه القفة تصنع من خوص
ومعنى تفتض من فض الختم وهو الكسر اي تكسر به ما كانت فيه
من العدة بطائر تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش وقيل
تموت لقبح ريحها وقذارتها وقال البرقي تمسح بيدها على ظهره
وقيل هو من القبصة كانها تنظف بما تفعله وقال الازهري

روى الشافعي هذا اللفظ بالقاف والبا والصاد المهمله وفسره بانها تاخذ باطراف اصابعها وقرا الحسن فقبصت قبصة والقبض بالكف كلها وفسره اخر بانها تعدو الى منزل ابويها مسرعه كالمستحييه من قبح منظرها ومعنى الرمي بالبعره كانها تقول ان جلوسي في البيت سنه وحبس نفسي كالرمي بالبعره في جنب ما يجب من حق الزوج وقيل معناه انها رمت بالعده وراء ظهرها كما رمت بالبعره واحتج الجمهور بحديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلا فارسلت مولاه لها الى ام سلمه فسالتها عن كحل الجلا، فقالت لا تكتحلي به الا من امر لا بد منه تشتد عليك فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمه وقد جعلت علي صبرا فقال ما هذا يا ام سلمه فقلت انما هي صبر يا رسول الله ليس فيه طيب قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحنا فانه خضاب قالت قلت باي شي امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به راسك رواه ابو داود والنساي واحمد لكن امها مجهوله وحديثهم صحيح لا يمكن ان يعارض هذا الحديث لكن معناه صحيح يشهد له الكتاب والسنه وعليه اهل الحل والعقد وهم اخبر بمعاني الاحاديث من الظاهريه فكفى بهم قدوه في الدين فلا يلتفت الى ابن حزم واصحابه ويدل عليه قول ام عطيه ولا نكتحل بكحل

خلقه تنقضي به العده ولا تنقضي بما دون ذلك كالنطفه والعلقه وكذا عند ابن حنبل في المغني وعند الظاهريه تنقضي العده بالعلقه وتصير الجاريه بها ام ولد وفيها الغره بخلاف النطفه ويروى ذلك عن الحسن قال محمد ان خرج نصف البدن انقضت به العده والنصف من السره الى منكبيه ولا اعتبار بالراس والرجلين وفي الهاروني لو خرج اكثر الولد حلت للازواج ومنهم من قال هذا في انقطاع الرجعه دون التزوج نعم وفي الاشراف قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان المراه تنقضي عدتها بالسقط اذا علم انه ولد منهم الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وابن حنبل وابن راهويه وان القت نطفه او دما لا يتعلق به حكم اذ لم يثبت كونه ولدا لا بالمشاهده ولا بالبينه فان القت مضغه لم يبن فيها الخلقه وشهدوا ان فيها صوره خفيه تدل على انها خلقه ادمي ثبت كونه ولدا والله اعلم ٥

باب ثبوت النسب

قوله ومن قال ان تزوجت فلانه فهي طالق فتزوجها فولدت لسته اشهر من يوم تزوجها فهو ولده وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه وان جاءت به لاقل من سته اشهر من حين تزوجها لا يثبت نسبه لسبق العلوق على النكاح الا ان يدعيه وكذا ان جاءت به لاكثر من سته اشهر لانا لم

تتيقن بقيام الولد في بطنها لاحتمال حدوثه من غيره واذا جات به لاقل منها من وقت الطلاق ولستة من وقت النكاح تيقنا بقيامه في بطنها وقت الطلاق فجعل منه احتياطا لثبوت النسب واحتياطا فيه والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح ومن المشايخ من قال لا يحتاج الى هذا التكليف وقيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول كما لو كان بينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة اشهر ثبت نسبه عندنا قلت التصور فيه شرط ولهذا لو جات امراة الصغير بولد لا يثبت نسبه منه وفي حق الغايب الامكان موجود وكرامات الاولياء حق بان يكون صاحب خطوة وفي البدايع لا يثبت نسبه عند زفر وهو قول محمد الاول وقد رجع عنه واما وجوب المهر كاملا فلانه لما ثبت نسب ولدها منه جعل واطيا حكما وهو اقوى من الخلوة ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية لسنتين او اكثر وفي قاضي خان وان طالت المدة ما لم تقر بانقضا عدتها لاحتمال العلوق في النكاح او العدة لكنها ان جاءت به لاقل من سنتين بانت منه واسندنا العلوق الى ابعد الاوقات وهو النكاح قبل الطلاق وان كان الاصل في الحوادث اضافتها الى اقرب الاوقات وهو ما بعد الطلاق كيلا تثبت الرجعة بالشك والاحتمال وتنقضي عدتها بوضعه لان الطلاق وقع عليها وهي حامل وان جاءت به لاكثر من سنتين او لتمام سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه

لوجود الوطي في عدة الرجعية ويكون وطيه رجعة ولا يجعل الوطي من غيره بالشبهة او بالنكاح الفاسد لان وطيها حرام فيهما فلا يحمل عليه والمبتوتة تثبت نسب ولدها اذا جات به لاقل من سنتين من وقت الطلاق ولانه يحتمل ان يكون قايما وقت الطلاق ولا يتيقن بزوال الفراش والنسب يحتاط فيه وان جات به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق ولا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه وليس له نسب معروف فيحمل على انه وطيها في العدة بشبهة وفي البدايع في اشتراط تصديق الام روايتان وفي البدايع والينابيع اذا لم يثبت نسبه اذا جات به لاكثر من سنتين يحكم بانقضا عدتها قبل السنتين بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن ابي يوسف ذكرها في المبسوط حتى كان عليها ان ترد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بالوضع ولا يلزمها ان ترد شيا وفي شرح التكملة وجه قولهما ان الولد حصل من غيره لان الظاهر ان يكون من نكاح صحيح دون الزنا والوطي بالشبهة واقل مدة حمل الغير ستة اشهر فرد بعد ستة اشهر لحكمنا بانقضا عدتها من ذلك الوقت فيكون قد اخذت ما لا تستحقه لانها ليست معتدة منه وابو يوسف هي باقية في العدة ولهذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكانها وطيت بشبهة والمبتوتة لو جات بولدين

احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند
ابي حنيفة وابي يوسف واعتبر ذلك بمن باع جارية فجاءت بولدين
احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البايع ثبت
نسبهما وقال محمد لا يثبت نسبهما لان الثاني من علوق حادث
بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قلت هذا هو
الصواب وليس ولدا الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز ان
يكون حدث على ملك البايع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في
المبتوتة ذكر المسئلة المرغيناني وفي الينابيع لو خرج راسه
لاقل وانفصل الباقي لاكثر لا يلزمه حتى يخرج نصف بدنه لاقل
او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي هكذا ذكره محمد لاكثر
وفي شرح التكملة تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة
يلزمه ولدها لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة
اشهر فصاعدا لانه ولد النكاح في الاول وفي الثاني مضاف الى
ملك اليمين لان وطيها حلال له فلا يلزمه الا بالدعوى كانت
الطلقة باينة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى
سنتين لان وطيها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح
وفي المرغيناني غاب عن امراته عشر سنين وهي بكر او ثيب
فتزوجت فجاءت باولاد فهم للاول عند ابي حنيفة وهو مما انفرد
به وروى الشيخ عبد الكريم عنه انهم من الثاني كقول الجماعة
ولو كان الاول حاضرا فهم من الاول وبه احتج ابو حنيفة
وفي الينابيع عند ابي حنيفة من الاول وعند ابي يوسف ان

جاءت به لاقل من ستة اشهر فمن الاول ولاكثر من الثاني وعند
محمد ان جاءت به لسنتين او اقل فمن الاول والا فمن الثاني وجه
قوله الولد للنكاح والفراش وهو صاحبهما والتصور موجود
بان يكون صاحب خطوة وذلك جائز وكرامات الاولياء حق
وابو حنيفة من اهلها ولو زوج ابنه الصغير امته فجاءت بولد
فادعاه المولى ثبت نسبه منه لا يتصور ان يكون من ابنه
والتصور في النسب شرط والمبتوتة لو تزوجت فولدت
لاقل من سنتين من وقت طلاق الاول ولاقل من ستة اشهر
من وقت نكاح الثاني فالولد للاول وان ولدت لاكثر من سنتين
من طلاق الاول ولستة اشهر من نكاح الثاني فالولد للثاني
وقد عرف قوله وان كانت المبتوتة صغيرة يجامع
مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى ياتي به لاقل
من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وزفر وقال ابو يوسف
يثبت الى سنتين لانها لم تقر بانقضاء عدتها فصارت كالكبيرة
وقوله يجامع مثلها مستدرك لان حملها دليل على انها
يجامع مثلها وحاصله انهما حكما بانقضاء عدتها بمضي ثلثة
اشهر التي هي مدة عدة الصغيرة وجعلوه كاقرارها بانقضاء
عدتها وبل اولى فان الاقرار يحتمل الكذب وان كان الطلاق
رجعيا فكذلك عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا
فانه يجعل واطيا في اخر الاشهر الثلثة فياتي به لاكثر مدة الحمل
وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة

سوا لانه يحكم ببلوغها بذلك وفي المبسوط ان جات به لاقل
من سبعة وعشرين شهرا ثبت عنده وان جات به لاكثر لا
يثبت النسب منه وقال الفقيه ابو الليث لو زنى
بامراه فجات بولد لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه ولاقل
لا يثبت الا ان يدعيه ولا يقول انه من الزنا وان قال هو
هو مني من الزنا لم يثبت وفي البدايع النسب لا يثبت قبل
الدخول الا اذا جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
والمتوفى عنها زوجها يثبت نسب ولدها بين الوفاه وبين سنتين
وقال زفر ان جات به بعد انقضا عدة الوفاه لستة
اشهر لا يثبت نسبه واعتبر باقرارها بانقضا عدتها لان
مضي الشهور دليل متعين لانقضا عدتها ولنا ان لانقضا
عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة فانها ليست
بمحل له قبل البلوغ والاصل عدمه وفي الينابيع لو اعتدت
المتوفى عنها زوجها باربعة اشهر وعشر واعترفت بانقضا
عدتها ثم جات بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتراف
يثبت نسبه ولاكثر لا يثبت وفي المبسوط ان جات المتوفى عنها
زوجها بولد لاقل من سنتين فان اقرت بانقضا عدتها بمضي
اربعة اشهر وعشر ثم جات به لستة اشهر فصاعدا لم يثبت
نسبه من الزوج لانه من علوق حادث بعد اقرارها وحمل كلامها
على الصحة واجب وان ادعت حملا وولدت قبل سنتين من موت
زوجها يثبت نسبه وكذا ان لم تدع حملا ولم تقر بانقضا عدتها

يثبت قبل السنتين وهي مسئلة الكتاب وفيها خلاف زفر
كما تقدم وعنده اذا جات به لتمام عشرة اشهر وعشرة ايام من
حين موت زوجها لا يثبت منه وانما يثبت منه لاقل وفي
قاضي خان والمرغيناني الايسة لو اقرت بانقضا عدتها ثم جات
بولد لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها والصغيرة لو طلقت
بعد الدخول ثم ولدت بعدما اقرت بانقضا عدتها بعد مضي
ثلثة اشهر لستة اشهر فصاعدا لا يثبت نسبه منه ولاقل
يثبت والرجعي والباين فيه سوا والفرق ان الايسة لما
ولدت تبين انها لم تكن ايسة بل كانت من ذوات الاقرا
والصغيرة اذا ولدت لم تبين انها لم تكن من ذوات الاشهر
لان الحبل والحيض طاريان عليها فلم يبطل اقرارها واذا اعترفت
المعتدة بانقضا عدتها ثم جات بولد لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل
اقرارها قلت شرطه ان لا يكون بين اقرارها وبين مجي
الولد سنتان بل يكون الولد من وقت الطلاق لاقل من سنتين
واطلاقه من وقت الاقرار لا يستقيم فلو انها اقرت بعد مضي
عشرين شهرا من وقت طلاقها بانقضا عدتها ثم جات بولد
لاقل من ستة اشهر بيوم من وقت الاقرار لا يثبت نسبه
ولا يظهر كذبها ولا بد ان يكون لاقل من سنتين من وقت الفرقة
بالطلاق او الموت وان جات به لستة اشهر فصاعدا لم يثبت
نسبه لانا لم نتيقن ببطلان اقرارها لاحتمال الحدوث بعده

قال وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتده قلت
قد ذكرت ان الآيسه اذا اقرت بانقضا عدتها ثم جات بولد
لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتده فرع
امراه تزوجت فجات بولد وتصادقا انه لشهر واحد لم يثبت
نسبه فان قامت البينه انها جات به لسته ثبت وقبل
البينه قال وهذا الجواب صحيح ان اقام الولد بينه بعد
ما كبر فان قامت البينه في حال صغره اختلفوا قيل لا يقبل
وينصب القاضي خصما عن الصغير وقيل يسمع البينه من غير
دعوى ولا خصم وجعلوا النسب من باب الحسبه فرع
صبي في يد امراه قال رجل هذا ابني منك من نكاح وقالت هو منك
من الزنا لم يثبت نسبه فان صدقته بعد ذلك ثبت نسبه منه
قوله واذا ولدت المعتده ولدا لم يثبت نسب
ولدها منه الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان
يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت نسبه
منه بغير شهاده بل بقولها انها ولدته ولو قال الذي ولدته
غير هذا لم يقبل منه هذا قول ابي حنيفه وقالا يثبت في الجميع
بشهاده امراة واحده وهي القابله او غيرها وهو قول ابن حنبل
وفي ملتقى البحار لا تقبل شهاده القابله بالولاده الا بمويد
وهو قيام الفراش او اعتراف المطلق بالحبل او ظهوره عند ابي حنيفه
قلت عند وجود واحد من هذه المويدات لا يحتاج
الى شهاده القابله عنده بل يثبت الوضع بقول الوالده والنسب

ثابت بالاعتراف وظهور الحبل وقيام الفراش وعندهما لا بد من
شهاده امراة واحده في الكل يشهد بولادتها وان علق طلاقها
بولادتها بعد اعترافه بالحبل او ظهوره فقالت ولدت يحكم
بولادتها وبوقوع الطلاق بدون شهاده القابله عنده وعندهما
لا بد من شهاده القابله وفي قاضي خان المنكوحة لو جات بولد
فقال الزوج لم تلديه فشهدت قابلة على الولاده ثبت نسبه
عندنا وعند الشافعي يشترط اربع نسوه عدول وعند ابن
ابي ليلى ومالك يشترط شهاده امراتين وعند زفر لا يثبت
بشهاده النسا ذكره قاضي خان وعند ابي يوسف ومحمد يشترط
الحريه ولفظة الشهاده ولا يشترط الذكوره والعدد هكذا
في المبسوط وفي المحيط لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر
الى العوره ذكره في عيوب النسا قال مشايخ خراسان يشترط
لفظة الشهاده لانها موجبة حقا على غيره وقال مشايخ
العراق لا يشترط قياسا على العدد وهل يقبل شهاده رجل
واحد قيل يقبل ولا يفسق كما لو شهد رجلان او رجل وامراتان
ولا يكون حال الرجل دون حال المراه وقيل لا يقبل لعدم
الضروره ولابي حنيفه رضي الله عنه ان العده ينقضي باقرارها
بوضع الحمل والمنقضي زايل عرقا ثم عند الاقرار مست الحاجة
الى اثبات النسب الى الحجة ابتدا فيشترط كمالها بخلاف
المسايل الثلث فان الحمل الظاهر يفضي الى الولاده قطعا فكان
اعترافه به اعترافا بالولاده والنسب ثابت حال قيام النكاح

ولا ينتفى الا باللعان ولانه اذا اقر بالحمل فقد ائتمنها فى الولاده مع
علمه انه لا ينتفى فى البطن فيقبل قولها فى رد الامانه كالحيض والطهر
ورد الوديعه وثبوت النسب بعد زوال الفراش يفتقر الى
حجه وقول القابله حجة فى الولاده وما لا ينفصل عن الولاده
وهو تعيين الولد وفيما يقبل الفصل لا يقبل قولها كقوله اذا
حضت فعبدى حر ووقوع الطلاق وثبوت النسب يقبل
الفصل عن الولاده فلا بد من الحجه وذلك ما ذكرناه ويحمل
على ان الرجلين قالا اتفق نظرنا الى الولاده من غير قصد وقيل
يقبل شهادتهما وان قالا تعمدنا النظر لتحمل الشهادة كما فى شهود
الزنا فان كانت معتدة عن وفاه وصدقها الورثه فى الولاده ولم
يشهد بالولادة احد فهو ابنه فى قولهم جميعا لان شهادة المرء
على نفسه من اصدق الشهادات وهذا فى حق الارث ظاهر لانه
خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم واذا صح تصديقهم فى الولاده
ثبت النسب منه لانها معتدة جاءت بولد لاقل من سنتين
فيثبت فى حقهم وهل يثبت فى حق غيرهم قالوا ان كانوا من
اهل الشهاده بان كانوا ذكورا او ذكورا واناثا وهم عدول ثبت
فى حق غيرهم ايضا لقيام الحجة وهل يشترط لفظة الشهاده
لثبوت النسب فى حق غيرهم قال بعضهم يشترط وقيل لا
يشترط لان المذكور فى الكتاب تصديقهم دون اشتراط الشهاده
وهذا لان الشهادة يحتاج اليها عند المنازعه ولان ما ثبت تبعا
لا يشترط فيه مراعاة الشرائط وان جحدت الورثه الولاده

ثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين عنده وعندهما تثبت بشهادة
القابله وقد تقدم وجه المذهبين ومن قال لامراته اذا
ولدت فانت طالق فشهدت بولادتها الى اخرها قد ذكرنا ذلك
ووجه كل واحد من القولين فلا نعيده قوله قال
واكثر مدة الحمل سنتان واقله سته اشهر ولا خلاف فى
اقلها عند اهل العلم رحمهم الله وقيل ان عبد الملك بن مروان ولد
لسته اشهر ذكره ابن قتيبه فى المعارف وعن عمر رضى الله عنه
انه امر برجم امراه ولدت لسته اشهر فقال له على رضى الله عنهما
لا سبيل لك عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا
وقال تعالى وفصاله فى عامين فبقى لحمله سته اشهر فخلى عمر
سبيلها ذكره الاثرم باسناده عن ابى الاسود الدؤلى عن عمر
ورواه ايضا عن عكرمه عن ابن عباس ومذهبنا فى اكثره قول
عايشه رضى الله عنها انها قالت لا يبقى الولد فى البطن اكثر من
سنتين ولو بفلكة مغزل ويروى بظل مغزل والمقادير لا تعرف
الا سماعا فهو كالمرفوع وبه قال الثورى وهو روايه عن
ابن حنبل والضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان ولدا لسنتين
ذكره فى المغنى وقال شمس الائمه السرخسى ولد الضحاك
لاربع سنين وكان قد نبت ثناياه وقال الليث بن سعد
ثلث سنين وقال الشافعى اربع سنين وهى المشهور من
مذهب ملك وابن حنبل وقال عباد بن العوام خمس
سنين وعن الزهرى ست سنين وسبع سنين وبالسبع قال

ربيعة بن ابي عبد الرحمن وقال ابو عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وفي شرح ابن يونس للمدونة عن الليث بن سعد عن ابن عجلان ان امراته وضعت ولدا في اربع سنين ووضعت له اخر في سبع سنين وسيل ابو عمران عما يقال ان مالكا اقام في بطن امه سنتين قال ذكره الواقدي واخذ عنه ابن قتيبة وعن ابن القسم اذا جات بولد لثلاث سنين او اربع او خمس يلزمه عند ملك وهو رايي وقال ملك من يلحقه الى سبع سنين وانكر ملك حديث جميلة بنت سعد عن عايشة لا تزيد المراة على السنتين وقال ملك هذه جارتنا امراة محمد بن عجلان تحمل اربع سنين قبل ان تلد وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن امه اربع سنين وامراة عجلان حملت ثلث بطون كل دفعة اربع سنين وزعموا انه لم يوجد لاكثر من سنتين وهو شهادة على النفي المحض وهو باطل ومن يحيط علمه في جميع الارض من مسلميها وكفارها ان امراة ما لم تلد لاكثر من اربع سنين وانما الرجوع في ذلك الى الاثر الذي ذكرناه وقد ذكر الليث ان امراة ابن عجلان وضعت له ولدا لسبع سنين كما ذكره ابن يونس في شرح المدونة فبطل ما ذكروه وكل جواب لهم عما زاد على اربع سنين فهو جواب لنا عما زاد على سنتين ولا نثبت ما حكوه من الحكايات بالبلاغات ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها الى اخرها وقد قدمناها فلا نعيدها

قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد

فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولد له والولد ولده باعترافه وولادتها تثبت بشهادة القابلة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا وهو قول ابن حنبل هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فان جات به لستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه لاحتمال حدوثه ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجات ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان وفي القياس ان لا ترثه المراة لان النسب قد يكون بالنكاح الفاسد والوطي بالشبهة كما يثبت بالنكاح الصحيح ووجه الاستحسان ان المسلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك اذ الوطي بالنكاح الفاسد والشبهة حرام ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان الحرية الثابتة بالدار حجة لدفع الرق لا لاثبات الارث واستحقاقه كالمفقود يجعل حيا في حق دفع ارث ماله حتى لا يرثه احد من ورثته ولم يجعل حيا بالنسبة الى ارث مال من مات من ورثته حتى لا يرث احدا منهم

باب الولد من احق به

قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين يعني والولد صغير فالام احق به قال ابو بكر بن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان الام احق بالطفل بعد الفرقة ما لم تنكح لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاصي ان امراة جات الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا
كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه
ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي رواه ابو داود
وفي لفظه وان اباه طلقني وابن حنبل والكلام في معرفة عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده عن رسول الله وعمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله
ابن عمرو بن العاص فان اراد بجده محمدا كان الحديث مرسلا وان اراد
به عبد الله كان متصلا فاذا اطلق احتمل الارسال والاتصال
وعمرو وشعيب ومحمد ثقات وهو مرسل صحيح ان اراد بجده محمدا
وشعيب ثبت سماعه من ابيه محمد وجده عبد الله بن عمرو
وهاهنا نص على جده عبد الله فكان متصلا والحواء بكسر الحاء
بيت يتخذ من الوبر وقال ابن المنذر وقد روينا عن رسول الله
انه قال هي احق بولدها ما لم تتزوج وروى ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه ان عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن
الافلح فتزوجت فاخذ عمر ابنه عاصما فادركته الشموس ابنة
ابي عامر الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر
الصديق وهما متشبثان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فاخذته
وقال ابن المنذر في الاشراف وقد روينا عن ابي بكر الصديق
انه حكم على عمر بن الخطاب وقضى بعاصم لامه ام عاصم وقال حجرها
وريحها ومسها ويروى مسحها وفي كتب اصحابنا وريقها خير له
منك وفي مصنف ابن ابي شيبة قال هي اعطف والطف وارق
واحنا وارحم ورواه سعيد بن منصور ايضا ولان الام اشفق على

الولد واقدر على الحضانة عادة مستمر فكان الدفع اليها انظر
للولد والشهد المذكور في قضاء ابي بكر رضي الله عنه بضم الشين
وفتحها هو عسل النحل في شمعه ونفقته على الاب اذا لم يكن
للصغير مال على ما يذكر في النفقات ولا تجبر الام الحاضنة
على الحضانة وبه قال الثوري والشافعي وابن حنبل ومالك في
رواية وقال ابن ابي ليلى والحسن بن صالح وابو ثور ومالك
في رواية تجبر لقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الاية
والمراد بالامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر
الشريفة التي لم تجر عادة مثلها بالارضاع لولدها وان كانت ممن
ترضع اجبرت فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ ثدي غيرها اجبرت
بلا خلاف ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له
اخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا ولانها عسى تعجز عن ذلك فلا
يجوز الزامها به ولان الالزام اما ان يكون لحق الزوج او لحقها
لا وجه للاول فانه لا يملك اجبارها على ارضاع ولده من غيرها
ولا يملك اجبارها على خدمته عن الرضاع ولا يجوز ان يكون لحق
الولد لانه لو كان كذلك لما سقط بعد الفرقة ولا وجب عليه
كلفة الحضانة ولا يجوز ان يكون لهما لان ما لا يناسب الايجاب
عند الانفراد لا يوجبه عند الانضمام هذا هو الاصل والاية محمولة
على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولان الامر للاستحباب
يقال حضنت المراة ولدها اذا ضمته في حضنها اي جنبها حضانة
قوله فان لم يكن ام بان كانت غير اهل للحضانة او كانت

متزوجه بغير محرم او كانت ميته فام الام وان بعدت وهو قول
الجمهور وعن ابن حنبل ان ام الاب مقدمه على ام الام وهو ضعيف
لان ام الام تدلى بالام وهي مقدمه على الكل في الحضانه وام الاب
تدلى بالاب ولا حق له فيها ولان هذه الولايه تستفاد من جهة
الامهات وهي منهن فان لم يكن فام الاب اولى من الاخوات
باعتبار الامومه فان لم يكن جده فالاخوات اولى من العمات والخالات
فالاخت لاب وام ثم الاخت لام ثم الاخت لاب وعند زفر الاخت
لام تشارك الاخت لاب وام لانه لا حق للاب قلنا يصلح للترجيح
وان لم يصلح علة مستقله الا ترى ان الاخ لاب وام يقدم على الاخ في
لاب وان لم يكن للام مدخل للعصوبه وعنه ايضا الجده من
قبل الاب موخره عن الاخوات وفي روايه الخالة اولى من الاخت
لاب وذكر في الجامع الصغير والاسبيجابي الجده من قبل الاب
ثم الخاله وفي روايه كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب
لانها ام وهكذا ذكره الطحاوي والاول روايه كتاب النكاح فلما
كان في تقديم الخاله على الاخت لاب روايتان ثبت ان الاخت لاب
وام والاخت لام اولى من الخاله في الروايات كلها وما ذكر هنا
اراد به تاخير الخاله عن الجده ولم يرد به الترتيب قال
في المحيط هذا هو الصحيح وبنت الاخت لاب وام او لام اولى
من الخاله ولم يذكر بنت الاخت لاب وينبغي ان تكون الخاله اولى
منها لانها ابعد من الاخت لاب وفيها روايتان فكان فيها اتفاق
هو الصحيح وقيل في تقديم اولاد الاخت لاب على الخاله روايتان ايضا

ثم الخاله لاب وام ثم لام ثم لاب والخالة اولى من بنت الاخ لاب
لانها تدلى بقرابه الذكر والخاله تدلى بقرابه الام وبنت الاخ
اولى من العمة ثم العمه لاب وام ثم لام ثم لاب ومن كانت قرابتها
من قبل الام اولى ممن كانت قرابتها من قبل الاب لان الام هي الاصل
في الحضانه والخاله اولى من العمات ترجيحا لقرابه الام وبنات
الاخ اولى من العمات والعمه اولى من بنت الخاله والاخ لام اولى
من الخال هكذا في قاضي خان وفي المحيط وبنت العم والعمه وبنت
الخاله والخاله لا حق لهن في الحضانه لعدم المحرميه وفي
البدايع لا حق للرجال من قبل الام في الحضانه ولا تسلم اليهن
الا بطلبهن بخلاف الاب عند استغنا الصغير فانه يجبر على
التسلم وفي المنصوري ابن العم اولى بالذكر والخال اولى بالانثى وكل
ذكر من قبل الام لا حق لهم في الولد مع العصبه الا الخال مع ابن
العم فينظر في النسا الى من كان من قبل الام وفي الرجال الى من كان
من قبل الاب ويدفع الصغير الى مولى العتاقه والصغيره لا
وفي الجواهر اولى النسوة الام ثم ام الام ثم جده الام لامها
ثم الخاله واختلف في خالة الخاله قال في كتاب محمد ثم خاله
الخاله ثم الجده لاب ثم جده الاب ثم الاخت ثم العمه ثم بنت الاخ
وفي التتمه في تقدمه خاله الخاله على الجده لاب نظر قلت
بل النظر في تقدمه الخالة على الجده لاب وعندنا تقدم الجده لاب
على ما تقدم وهو الجديد للشافعي وبه قال ابن حنبل وحجه قول
مالك ان الخاله ام للنبي ع عن البرا ابن عازب ان علي بن ابي طالب وجعفرا

الطيار وزيد بن حارثة تخاصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق
بها وهي ابنة عمي وقال زيد بن حارثة بنت اخي وقال جعفر بنت
عمي وخالتها عندي فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها
وقال الخالة بمنزلة الام متفق عليه ويروى الخالة ام ولنا
ان الجدة ام الاب صاحبة فرض وارثة كالام وليست الخالة
كذلك فانها من ذوي الارحام والحديث يدل على ان لها حقا في
الجملة ولا نزاع في ذلك وانما النزاع في تقديمها على ام الاب
والحديث لا يدل عليه ولا ولاد للخالة بخلاف ام الاب والوراثة
والولادة لها ترجيح في الحضانة ولانها لو كانت اما او بمنزلتها
لشاركت الام ومالك اول تارك لهذا الحديث لانها اذا كانت
بمنزلة الام ولو في الجملة ينبغي ان تكون ولدتها في الجملة ولا يقول به
واما قال زيد بن حارثة هي بنت اخي لانه عليه السلام كان
اخى بينه وبين حمزة وفي المغني ولا حضانة لام ابي الام لانها تدلي
بابي الام وهو لا حضانة له ولا لمن يدلي به وهي جدة فاسدة بدخول
الذكر بين امين وفي المنهاج تقدم بعد الام وام الام وان علت
ام الاب ثم امهاتها المدليات باناث ثم ام ابي الاب ثم ام ابي
الجد كذلك والقديم تقديم الاخوات والخالات والخلاف
عليهن وتقدم اخت على خالة وخالة على بنت اخ ولخت وبنت اخ
واخت على عمة واخت من ابوين على اخت من احدهما والاصح
تقديم اخت لاب على اخت لام وخالة وعمة لام عليهما لاب وقيل
تقديم الاخت لاب وام والاخت للام والخالة على الاخت لاب وهو

اخت من

الاظهر والاخت للام مقدمة على الاخت لاب عندنا وهو قول
المزني وابن سريج من الشافعية وظاهر قول الشافعي ان الاخت
لاب تقدم عليها وهو قول ابن حنبل واعتبراه بقوة الميراث
ولنا انها تدلي بالام فقدمت على المدلية بالاب كما قدمت
ام الام على ام الاب ولان هذا الحق لقرابة الام ثم لقرابة الاب
قال ابن سريج ولهذا تقدم الخالة على الاخت لاب واعتباره
بالارث فاسد فان الام تاخذ السدس مع الاخوين وهما ياخذان
الثلثين اذا كانا لابوين او لاب والحضانة للام وام الام تاخذ
السدس والاخت تاخذ النصف والحضانة لام الام دون الاخت
ولم يعتبروا قوة الميراث وامهات جد الاب يقدمن على الاخوات
ولا ميراث لهن والحضانة تثبت للعمات ولا ميراث والخالة من
الام تقدم على الخالة من الاب عندنا وعند الشافعي وابن حنبل
بالعكس وكذا خالة الام وهي اخت ام الام تقدم على خالة الاب
وهي اخت ام الاب عندنا خلافا لهم وفي المغني قال احمد اذا عدمت
الام وامهاتها كانت الحضانة للاب ثم لامهاته ثم للجد ثم
امهات الجد ثم لجد الاب ثم لامهاته ولا ينتقل للاخوات الا اذا
انقرض الابا والامهات وان علوا وفي التبصرة ليس لبنات الاخوات
ولا لبنات الخالات ولا لبنات العمات شيء من الحضانة والوصي
مقدم على جميع الرجال وبعده ابن العم المولى الاعلى ثم الاسفل وللحنابلة
في تقديم الاخت على الجد وجه ولو تركت الام الحضانة انتقلت الى
الاب في وجه وفي الثاني الى ام الام وهو اصح فقوله وكل

من تزوجت من هولاء سقط حقها الا الجدة اذا كان زوجها الجد
وفيه خلاف الحسن البصري وفي رواية هنا عن ابن حنبل ان الصغير
ياخذه الاب والصغيرة لا ياخذها حتى يبلغ سبعا قال ابن
المنذر اجمع على هذا كل من احفظ عنه الا الحسن يتعلق ابن حنبل
بحديث بنت حمزة المتقدم فانه عليه السلام دفعها الى خالتها
وكانت متزوجة بغير محرم منها فاذا لم يمنع التزوج من الاستحقاق
ابتدا فاولى ان لا يمنعه وللجمهور ما روينا من قوله عليه السلام
للمراة انت احق حتى تنكحي وقالوا كان جعفر من اهل الحضانة ولان
الزوج اذا كان يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا يكون الدفع نظرا
بخلاف الجد فانه اب وشفقته وافرة وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم
من الصغير لقيام الشفقة وانما تنزع من يدها اذا تزوجت بغير محرم
اذا ارتدت او خيف على الصبي ومن تزوجت منهن على الوجه المذكور
وسقط حقها يعود اذا ارتفعت الزوجية بالبينونة وبه قال
الشافعي وابن حنبل وعند ملك لا يعود وقيل يعود ذكره في الجواهر
ولفظه لا يرجع حقها وقيل يرجع وهل الحضانة حق الولد او الوالدة
روايتان لنا ان المانع اذا زال والسبب قايم يعود الحق كالصغر
والجنون والفسق والرق على قول من جعله مانعا وكالناشزة تسقط
نفقتها بالنشوز فاذا عادت عادت نفقتها والرجعي مانع حتى تنقضي
عدتها عندنا لانها زوجة وبه قال المزني قالوا لا قسم لها ولا شغل
عليها يمنعها من تربية الصغير لكن هذا يبطل بالنكاح قبل الدخول
فان الزوجة لا قسم لها ولا شغل عليها للزوج وهو مزيل للحضانة

فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم
تعصيبا واولى العصبات الاب ثم الجد وان علا ثم الاخ الشقيق
ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم لاب ثم العم لاب
وام ثم لاب ثم ابن العم لاب وام ثم لاب ولا تسلم الانثى لابن العم
وكذا من بعي درجة درجة وبعد البلوغ ان اجتمع رايه وعقله وهو
مامون على سبيله يذهب حيث شا والا يضمه الى نفسه ويودبه
ويثقفه ولا نفقة له عليه والانثى ان كانت بكرا مامونة على
نفسها لا تخلى سبيلها لان رغبات الناس تكثر فيها وان كانت ثيبا
كذلك تخلى سبيلها تنزل حيث شاءت والاعمام والاخوة اذا لم يكونوا
مامونين عليها وعلى مالها لا تسلم اليهم ونصب القاضي امينة عدلة
تسلمها اليها الا ان تكون المراة قد اجتمع عقلها ورايها ودخلت
في السن فانها تنزل حيث احبت وان كانت بكرا فلو كانت الاخوة
والاعمام في درجة واحدة فاكثرهم صلاحا وورعا اولى وان استووا
في ذلك فاكبرهم سنا اولى والام والجدة ام الام وام الاب احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي
الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ولم يذكر الاستنجا وكذا قاضي اسبيجاب لم يذكره وشرط
في السير الكبير وغيره وفي المبسوط وروى داود بن رشيد الاستنجا
ايضا وقدره على الاكل والشرب واللبس وحده ولا يهتدي الى
الاستنجاء ومنهم من جعل ذلك تفسيرا للاستغنا ثم تكلموا في
المراد من الاستنجا قيل هو تمام الطهارة وهو ان يتطهر بالماء من غير

ان يحتاج الى من يعينه ويعلمه تمام الطهاره وقيل هو مجرد الاستنجا
وهو ان يطهر نفسه عن النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهاره
وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره في الكتاب والخصاف قدر الاستغنا
بسبع سنين وعليه الفتوى ذكره في الجامع الصغير الحسامي وغيره
وقدره الشيخ ابو بكر الرازي بتسع سنين وقال مالك الام
احق بالغلام حتى يحتلم ذكره في الاشراف وفي الجواهر والام اولى
به الى حيث يبلغ الاحتلام وقيل حتى يثغر يقال ثغر الغلام
فهو مثغور سقطت رواضعه ومنه لا يثني في شي صبي لم يثغر
بعد فان نبتت بعد السقوط فهو مثغر بالتا والثا وقد اثغر
على افتعل وقال ابن الماجشون اذا استغلظ او قارب الاحتلام
وانبت واسود اباته فللاب ضمه اليه وفي المدونه امد الحضانه
الاحتلام وفي مختصر ما ليس في المختصر والى مصعب الاثغار وعند
الشافعي يخير في سبع او ثمان وعند ابن حنبل واسحق يخير في سبع
فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الاخر فله ذلك ورد اليه
فان عاد فاختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا ذكره في المغني وهذا
لم ينقل عن احد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام قال
والام والجدة احق بالجاريه حتى تحيض وفي المبسوط والجاريه بعد
الاستغنا تحتاج الى تعلم الطبخ والغزل وغسل الثياب والام
اقدر على ذلك واخبر بتعليمها آداب النسا وعند الاب ربما
تختلط بالرجال فيقل حياؤها والحيا في النسا زينه وبعد البلوغ
تحتاج الى التزويج والحفظ وذلك الى الاب وقد صارت عرضه للفتنه

ومطمعه للرجال والنسا يخدعن والغيره التي عند الرجال ليست عند
النسا وترك الصبي عند النسا يفسد لسانه ويميل طبعه الى طبع
النسا فيفسد حاله وعن يحيى مخيرا وعند الشافعي ابن سبع اذا اختار
انه يكون عندها بالليل وعند الاب بالنهار والبنت ايهما اختارت
تكون عنده ليلا ونهارا وقال مالك الام احق بالجاريه حتى تنكح
ويدخل بها الزوج وان حاضت ولا يخير الغلام ولا الجاريه عندنا
وبه قال مالك وعند الشافعي يخير الغلام والجاريه وعند ابن حنبل
اذا بلغا سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجاريه الى الاب من غير
خيار هكذا في المغني قال ابن قدامه لا يصار الى تخيير الجاريه
لان الشرع لم يرد به ولا تقاس على الغلام لانه لا يحتاج الى حفظه
وتزويجه كحاجتها وهو غلط من وجوه الوجه الاول ان الشرع
قد ورد به وقوله لم يرد به غير صحيح بيانه روايه عبد الحميد
ابن جعفر ان جده اسلم وابت امراته ان تسلم فجاءت الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم او شبهه وقال رافع
ابنتي فقال له رسول الله اقعد ناحيه وقال لها اقعدي ناحيه
فاقعد الصبيه بينهما وقال ادعواها فمالت الى امها فقال عليه
السلام اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها رواه ابو داود واحمد
وعبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن رافع بن سنان انصاري
قال في المغني ويحتمل انها اختارت اباها ببركه دعوه النبي
عليه السلام وهو الحق والوجه الثاني ان الشرع الوارد
في الذكر وارد في الانثى في قواعد الشرع قال عليه السلام من

في العمدة [illegible] الابوين فان [illegible] او يحكم عليه [illegible] او يكون الام [illegible] للعصمة صح

اعتق شقصا له في عبد وحا شركاله والحديث في صحيح مسلم وقد
ثبت حكمه في الامه بهذا النص بالاجماع عند من يقول بالقياس ومن
لا يقول به ولم يفرق احد بين العبد والامه وقال في اعتاق العبد
مصلحه عظيمه له لا توجد في اعتاق الامه لانه يمكنه من الاكتساب
للمال والتصرفات النافعه له وهو قادر على ذلك بخلاف اعتاق الامه
فانها اذا صارت حره عجزت عن نفقتها وكسوتها التي كان مالكها
يقوم بها ولم يبد احد تلك الفروق الفاسده التي ذكرها ابن
قدامه بل في تسليم الصبي بعد البلوغ سبع سنين الى الاب اصلاحه
لانه يؤدبه ويثقفه ويتخلق عنده باخلاق الرجال وفي اختيار امه
فساد حاله على ما ذكرنا قبل هذا وهو الوجه الثالث والوجه
الرابع ان احدا من السلف لم يقله وهو احداث قول ثالث والمختار
في الاصول انه خرق للاجماع فلا يقبل واذا مرض احد الابوين لا يمنع
الصغير من عيادته وحضوره عند موته سوا في ذلك الذكر
والانثى وان مرض عند الاب فالام احق بتمريضه في بيتها واذا اراد
احدهما السفر عن سفر نقله واقامه فالولد يكون عند المقيم منهما
حتى يعود من سفره وفي حديث عبد الحميد بن جعفر روايه
اخرى ان جده اسلم وابت امراته ان تسلم فجا بابن له صغير لم يبلغ
فاجلس النبي عليه السلام الاب هاهنا والام هاهنا ثم خيره وقال
اللهم اهده فذهب الى ابيه اخرجه النساي وعن ابي هريره رضي الله
عنه قال جات امراه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
يا رسول الله ان زوجي هذا يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من

بير عنبه وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
استهما عليه فقال زوجها ايحاقني في ولدي فقال عليه السلام
هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شيت فاخذ بيد امه
فانطلقت به اخرجه ابو داود والنساي والترمذي وابن ماجه
قال الترمذي حديث حسن صحيح وعنبه واحد الاعناب
والعنب والحاقني نازعني في حقي منه ولا حجة لهم فيه وجوابه
من اربعه اوجه اولها امرها بالاستهام عليه وهو متروك
بالاجماع بيننا وبينهم وثانيها لم يذكر فيه طلاق وقولها ان
زوجي دليل قيام النكاح بينهما وثالثها ليس فيه ذكر سبع سنين
وهم يشترطون للتخيير سبع سنين بل الحال يقتضي ان يكون
عمره اقل من ذلك لان مثل هذا يستعمل في اوايل الاسماع
في ابن اربع او خمس وقال المنذري هذا في غلام استغنى عن الحضانه
بعيد ورابعها ان بير عنبه كانت بالمدينه ولا يمكن الصغير
ان يستقي منها فهو محمول على البالغ وعندنا البالغ مخير ولان
ابن السبع لا قول له يعتمد عليه ولا يعرف المصلحه لنفسه ولا
لغيره ولا يختار الا الدعه واللعب ومن يمكنه من شهواته
فيؤدي ذلك الى فساده وفي التبصره ولانه غير رشيد ولا
اعتبار لقول غير الرشيد عندهم وعن محمد انها تدفع الى الاب
اذا بلغت حد الشهوه لتحقق الحاجه الى صيانتها والاب اقدر على
صيانتها والمراه تخدع ومن سوى الام والجده احق بها حتى
تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا

تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها للخدمة وبعد ذلك يقع
استخدامها عالما وهي ليست من اهل استخدامها بخلاف الام والجدة
ولان حقها اكد من سواها لا يلحق بهما في الزيادة وفي الغلام
مثل لو اهتدى الى الاشيا الاربعة يعتبر حاله ولا تعتبر المدة
قوله قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت كالحرة في ولدها وفي الاسبيجابي الامة والمدبرة
اعتقها سيدها ولها ولد من غيره فلا حضانة لها فيه وملك
سيده يفعل فيه ما يشا فيحمل المذكور في الكتاب على الولد الحر
وفي التبصرة اختلفت المالكية في ام الولد اذا اعتقت مع اتفاقهم
على ثبوت حضانة الامة وهكذا في الجواهر وليس لها قبل العتق
حق في الولد وهو قول عطا والثوري والشافعي وابن حنبل وعند
مالك الحضانة ثابتة للرقيق قلنا هما عاجزتان عن الحضانة
لاشتغالها بخدمة سيدها فلا نظر للصغير في تسليمها الى من
لا ينتفع به الصغير وقد قالوا لا حضانة لام الولد بعد عتقها
فكيف تثبت للرقيق ما لا تثبت للحرة وضعف هذا بين والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخف ان يالف الكفر
وهو قول مالك في المشهور عنه وتمنع ان تغذيه خمرا او لحم خنزير وان
خيف ضمت الى ناس من المسلمين وهو قول ابن القسم وابي ثور وعند
الشافعي وابن حنبل وسوار والعنبري لا حضانة لها وهو رواية ابن
وهب عن مالك لنا انها حرة قادرة على الحضانة وما فيه من
احتمال الضرر يندفع بما ذكرناه وعدم الخيار للغلام والجارية ذكرناه

فلا نعيده مسئلة واذا اراد الاب ان يسافر بولده سفر
اقامة في مدة الحضانة فليس له ذلك ذكره في التكملة هذا مذهبنا
وعند الائمة الثلثة له ذلك وظلم الحاضنة الوالدة بابطال حقها
في الحضانة والاضرار بالطفل الضعيف وتعريض الطفل والطفلة
على الهلاك بالسفر الطويل وعسى ان يكون من غانة الى فرغانة وهو
محض اضرار بهما فكان حراما وكيف يسوغ ذلك ويبطل الحق الثابت
للام في الحضانة ويفرق بينها وبين قرة عينها وثمرة فؤادها ولا
ترى ولدها ابدا فيقع بسبب ذلك في الوله والثكل بلا برهان
من كتاب ولا سنة ولا قول صاحب ولا قياس صحيح ولا فاسد
والرجال اغلظ كبدا واكثر احتمالا للضيم والضرر والنسا ارق
افئدة واقل صبرا على الشدايد فكانت رعاية جانبها اولى لو لم
يكن صاحبة الحق وكيف يقدم على ابطال حقها في الحضانة بالصدر
ولان تجويز نقلها في مدة الحضانة فتح باب العدوان لان في
مستقر العادة كراهة الاب مونة الحضانة والفرض المرتب عليه
ولو عشر سنين عندهم اما عند مالك حتى تتزوج ويدخل بها الزوج
ولا يعتبر عنده حيضها واما عند الشافعي فتخير وقد يختار الام
فيقدم على النقلة بالولد عنادا وفرارا من لزوم كلفة الحضانة وكم
ممن لا يكون عنده تقوى يتمنى موت ولده حتى يتخلص من الفرض فكان
ذلك سببا ظاهرا للسفر والعجب من مالك فانا نراه يقول بسد
الذرايع فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها
من المصر فليس لها ذلك الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها

فيه لانه قد التزم المقام فيه عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام
من تأهل ببلد فهو منهم ويوجد في بعض النسخ ولهذا يصير الحربي به
ذميا وليس بصحيح وانما الحربية المستامنة لو تزوجت ذميا او
مسلما تصير ذمية وهذا للام خاصة وللجدة وغيرها ليس لها ان
تخرج به بغير اذن الاب ولو ارادت الخروج به الى مصر غير وطنها
وقد كان التزوج فيها اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهو
رواية كتاب الطلاق من الاصل هكذا ذكره قاضي خان فشرط العقد
فيه وان يكون مصرها قال وهو الصحيح وفي الكتاب وهذا اصح وذكر
في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وقع في مكان يوجب احكامه
فيه كما اوجب البيع تسليم المبيع في مكانه وامساك الاولاد من احكامه
ووجه الاول ان التزوج في دار الغربة لا يكون التزاما للاقامة
فيه عادة فالحاصل انه لا بد من الامرين جميعا على رواية كتاب
الطلاق الوطن ووجود العقد فيه وهذا كله اذا كان بين المصرين
تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن الوالد ان يطالع الولد ويبيت
في بيته فلا يمنع من الخروج اليه وكذا الجواب في القريتين واراد
بالكتاب الاصل هكذا ذكره الكردري وفي الاسبيجابي كوفية
تزوجت بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت له اولادا فيه ثم وقعت
الفرقة بينهما وانقضت عدتها فلها ان تنقل اولادها الى الكوفة لانه
لم يرض بغربة اولادها والزوج قد رضي المقام بالكوفة كما مر ولو تزوج
الكوفية بالشام ثم نقلها الى البصرة فارادت ان تنقل اولادها الى الكوفة
فليس لها ذلك لانه لم يوجد بالكوفة لا العقد ولا الولادة قال

الكردري هذا باتفاق الروايات ولا الى الشام ايضا وعن ابي يوسف
لها ذلك لوجود ولادة الاولاد فيه وكذا ذكره الطحاوي واعتبر
وجود الاولاد فيه لا غير ولو ارادت ان تنقل اولادها الى دار
الحرب فليس لها ذلك وان كان العقد في دار الحرب اذا كان زوجها
مسلما او ذميا وان كانا حربيين فلها ذلك ولو انتقلت من قرية
المصر فلها ذلك لنظر الصبي حيث يتخلق باخلاق اهل المصر دون
اهل السواد والريف وفي عكسه ضرر بالصبي لانه يتخلق باخلاق
الرسافه واهل السواد وفي الاسبيجابي لو ارادت الانتقال من
المصر الى القرية وكان العقد وقع فيها فلها ذلك وذكر البقالي
في الفتاوى انه ليس لها ان تنقله من مصر الى قرية بحال وذكر
ايضا ان لها ان تنقله الى بعض نواحي المصر وان كان الاب لا يمكنه
الرجوع من زيارته الى بلده في يومه قبل الليل وفي المنتقى روى
ابن سماعة عن ابي يوسف في رجل تزوج امراة بالبصرة وولدت له
اولادا ثم اخرجهم الى الكوفة فطلقها فخاصمته في اولادها وارادت
ردهم عليها قال ان كان اخرجهم باذنها فليس عليه ان يجيء بهم
اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان اخراجهم اليها بغير امرها
فعليه ان يجيء بهم اليها فروع ذكرها المرغيناني امراة
جاءت بصبي وقالت هذا ابني وقد مات فاعطني نفقته فقال
امه لم تمت وهي في منزلي واراد اخذه منها لم يكن له ذلك حتى يعلم
القاضي امه فيجيء بها فياخذه منها لانه اقر لها بالحضانة حيث
اعترف انها جدته فان جاء بامراة وقال هذه ابنتك وهي امه وقالت

ابنتي ماتت فالقول للزوج لان الفراش لها فكان الولد لها فان
احضر الاب امراه وقال هي ام ابني وقالت الجده ليست امه بل
امه بنتي وقد ماتت وقالت التي احضرها الرجل ما انا امه وقد
كذب الرجل ولكني امراته فالاب اولى وباحد منها علل الخصاف
بانه لما قال هذا ابني من هذه المراه فقد انكر لولدها جده له
فكان منكرا حقها وهي قد اقرت له بالحق وفي جوامع الفقه يصدق
في انها لا زوج لها او انه طلقها اذا كان غير معروف وروي ان
اولاد العمات على الترتيب المتقدم وقيل ان اولاد العمات والخالات
بمنزلتهن والمكاتبه ان ولدت قبل الكتابه فلا حق لها كام الولد والمدبره
وان ولدت بعد الكتابه كانت اولى به لدخوله في كتابتها ولو قال
الاب هو ابن ست سنين وقالت ابن سبع سنين ان كان ياكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده دفع اليه والا فلا وان
ادعى عليها انها تزوجت وانكرت فالقول قولها وان قالت وطلقني
وعاد حقي ان لم تعين الزوج فالقول قولها وان عينته لا يقبل قولها
في طلاقه وان كان الاب معسرا فقالت العمه انا اربي بغير اجر والام
طلبت اجرا فالعمه اولى هو الصحيح باب النفقه
وهي مشتقه من النفوق الذي هو الهلاك يقال نفقت الدابه تنفق
نفوقا اي ماتت ونفقت السلعه نفاقا بالفتح اي راجت ونفقت
الدراهم والزاد تنفق نفقا اي نفدت وانفق القوم اي نفقت سوقهم
وانفق الرجل اي افتقر وذهب ماله وانفقت الدراهم من النفقه
ورجل منفاق كثير النفقه كمضراب قلت لكن لم اسمع نفقت

المال وهو من الثلاثي والنفقه ايضا مثال الهمزه والسواك فيها
ايضا وقيل كل ما جاء مما فاؤه نون وعينه فاء فدال على معنى الخروج
والذهاب مثل نفق ونفر ونفس ونفخ ونفد ونفذ ونفى وغير
ذلك قوله النفقه واجبه للزوجه على زوجها مسلمه
كانت او كافره اذا سلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها
وسكناها وهذا اجماع الا ما روي عن عامر الشعبي انه قال ما رايت
احدا اجبر على نفقه احد ذكره عنه ابن حزم في المحلى والاصل وجوب
نفقه الزوجات قول الله سبحانه قد علمنا ما فرضنا عليهم في
ازواجهم الايه وقوله تعالى لينفق ذو سعه من سعته وقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعن جابر بن عبد الله
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته في حجه الوداع
فقال اتقوا الله في النسا فانهن عوان عندكم اخذتموهن بامانه
الله واستحللتم فروجهن بكلمه الله ولكم عليهن ان لا يوطئن
فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وابو داود
وعن ابي هريره رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم دينار انفقته في سبيل الله ودينار انفقته في رقبه ودينار
تصدقت به على مسكين ودينار انفقته على اهلك اعظمها اجرا
الذي انفقته على اهلك رواه مسلم واحمد وعن جابر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال للرجل ابدا بنفسك فتصدق عليها فان
فضل شي فلاهلك فان فضل عن اهلك شي فلذي قرابتك فان

فضل عن ذي قرابتك شي فهكذا وهكذا رواه مسلم وابو داود
وابن حنبل وعن معويه بن حيدرة القشيري قال اتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول في نسائنا قال
اطعموهن مما تاكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا
تقبحوهن رواه ابو داود وعن عايشه ان هند بنت عتبة قالت
يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني
وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك
وولدك بالمعروف رواه الجماعه الا الترمذي وعن ابي هريره
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خير الصدقه ما كان منها
عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدا بمن تعول فقيل
من اعول يا رسول الله قال امراتك ممن تعول يقول اطعمني والا
فارقني جاريتك تقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من
تتركني رواه احمد والدارقطني قال ابن تيمية باسناد صحيح
واخرجه الشيخان من طريق اخر وجعلا الزيادة المفسره فيه
من قول ابي هريره قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله
قال لا هذا من كيس ابي هريره رواه البخاري وفي المحلى
من كيس عمر وابي هريره واخبر ابو هريره عن المراه وعمر عن الاغنياء
وقوله في حديث معويه بن حيدة اطعموهن مما تاكلون واكسوهن
مما تكتسون اخرجه عليه السلام مخرج الغالب وكانت اطعمتهم
متساويه في الغالب وكذا اكسوتهم ذكره ابن شداد في احكامه
وزاد الماوردي في الحاوي في حديث هند قال فهل علي فيه من

شيء فقال لا خذي ما يكفيك وولدك وليست هذه الزيادة
في الحديث ولم يذكر انها كانت تاخذ بالمعروف ولو قالت ذلك
لم تعد بالمعروف ولان النفقه جزاء الاحتباس المستحق به اصله
القاضي والوالي والعامل في الصدقات والوصي والمفتي والمضارب
اذا سافر بمال المضاربه والمقاتله اذا قاموا بكفايه المسلمين
في دفع عدوهم تجب كفايتهم في مال المسلمين وفي الذخيره
اذا طلبت نفقتها وهي في بيت ابيها تجب عليه لان النفقه
حقها والنقله حقه فاذا ترك حقه لا يسقط حقها وذكر
محمد في الاصل ان المريضه والرتقا اذا طلبت النفقه قبل تسليم
نفسها فرض لها النفقه ولم يحك خلافا وقال بعض المتاخرين
من ائمه بلخ لا تستحق النفقه حتى تزف الى منزل الزوج وليس
الفتوى عليه وفي مجمع البحرين تجب نفقتها وكسوتها وسكناها
بتسليم نفسها في منزل زوجها وهو روايه عن ابي يوسف واختارها
القدوري وفي المبسوط ذكر الاول قوله وتعتبر
ذلك حالهما جميعا قال شارح المختصر رحمه الله هذا اختيار
الخصاف وعليه الفتوى وفي البدايع قال الجصاص تعتبر حالها
فيها ان كانت تاكل في بيت ابيها خبز الشعير تطعم عند زوجها
البر ولحم الشاه اذا كان زوجها ياكل خبز الحوارى ولحم الحمل
والدجاج والحلوا وقال الكرخي تعتبر حاله قال صاحب
البدايع هو الصحيح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته قال
وهذا نص في الباب وذكر الخصاف في ادب القاضي ان المراه اذا

كانت مفرطة اليسار والزوج من اوساط الناس فرض عليه على
قدر طاقته فاعتبر حاله دون حالها وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح
وكذا ذكره الخصاف في الكسوة والصحيح اعتبار حالهما ذكره
شارح ادب القاضي للخصاف وفي المبسوط المعتبر حاله
في اليسار والاعسار في ظاهر الرواية لانها لما زوجت نفسها
من المعسر فقد رضيت بنفقة المعسر فلا تستوجب عليه
الا بحسب حاله وفي المغني يعتبر حالهما جميعا وفي شرح
المدونة لابن يونس يعتبر في النفقة حاله وحالها وفي الحاوي
يعتبر حال الزوج دون الزوجة لما تلونا ولقوله تعالى على الموسع
قدره وعلى المقتر قدره والاية وان كانت في المتعة فحكمها وحكم
الكسوة واحد ولنا حديث هند امراة ابي سفيان قال لها
عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد اعتبر كفايتها
وحالها ولم يعتبر حاله وقد ذكرنا الحديث وهو في الصحيحين
وغيرهما والفقه فيه ان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا
تحتاج الى كفاية الموسرات الفائقات الغنى فلا معنى للزيادة واعتبار
حال الازواج المفرطين في اليسار والبسطة وكثرة الاموال
ونحن نقول بموجب الاية انه مخاطب بقدر وسعه والفاضل
يكون دينا في ذمته اذا فرضت عليه ويوخذ منه اذا ايسر
قال صاحب الكتاب وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب
نفقة اليسار وان كانا معسرين اي مقترين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسر تجب لها نفقة الموسرة وفوق نفقة

المعسرة وبالعكس والمعروف هو الوسط وفيما قلنا الجمع بين الدليلين
والعمل بالنصين ورعاية الجانبين فكان اولى القولين ويدل
عليه ايضا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
قيل هي في المطلقات وهو الظاهر وقيل في الزوجات وقال
الشهيد في النفقات قيل يرضعن خبر يعني في الاعم الاغلب وليس
بامر فلم يكن فيها الزام الوالدة بالارضاع وقد تقدم وقيل الخبر
بمعنى الامر فلهذا لا يجوز لها اخذ الاجر عليه على ما ياتي وان كانت
لا تجبر في الحكم وفي الحاوي قال الماوردي نفقة الزوجات
مقدرة تختلف باليسار والاعسار وتعتبر بحال الزوج دون
الزوجة قال وقال ابو حنيفة ومالك وابن حنبل لا اعتبار بيسار
الزوج واعساره فخالفوا في الاحكام الثلاثة فلم يجعلوها مقدرة
ولا معتبرة بحال الزوج ولا مختلفة باليسار والاعسار قلت
اما قوله لم يجعلوها مقدرة يعني بالمدين من الحب على الموسر
ومد واحد على المعسر ومد ونصف على المتوسط كما جعله مقدرة
فنقله عنهم صحيح وعن مالك تفرض مد بمد مروان كل يوم وهو
مد وثلث بمد النبي عليه السلام قال ابن حبيب اتخذه هشام
ابن اسمعيل لفرض نفقة الزوجات فاستحسنه مالك ذكره
في الانوار وهو خلاف ظاهر مذهبه ولا معتبرة بحال الزوج
يعني وحده وقد ذكرنا اختلاف الاصحاب فيه وقوله ولا غيره
مختلفة باليسار والاعسار صحيح وقد ذكرنا اختلافهما باليسار
والاعسار وفي المغني نقل عن ابي حنيفة ومالك انه يعتبر فيهما

حال المراه وليس كما قال بل المعتبر حالهما او حال الزوج كقول الشافعى ولا اعتبار بحال المراه وحدها ثم قال النفقه مقدره بالكفايه وتختلف باختلاف من تجب له النفقه وهو قول ابى حنيفه ومالك قلت وينبغى له ان يقول وباعتبار من تجب عليه ايضا كما مذهبه وقال القاضى من الحنابلة مقدره برطلين من الخبز فى كل يوم فى حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات وانما يختلف الموسر والمعسر فى الجوده والصفه واما فى قدر الماكول وما تقوم به البنيه فلا يختلفان وايجاب الاقل من الكفايه ترك للمعروف وايجاب الكفايه انفاق بالمعروف وقال الماوردى فى الحاوى واولى الاصول فى اعتبار الحب فى النفقه الكفارات لانها طعام يقصد به سد الجوعة ويستقر فى الذمه قال ثم وجدنا اكثر الطعام المقدر فى الكفاره فديه الاذى وهى مدان لكل مسكين فجعلناه اصلا لنفقه الموسرين فاوجبناه نفقه لزوجته فى اول كل يوم ولانه اكثر ما يقتاته الانسان عاده ووجدنا اقل الطعام المقدر فى الكفارات كفارة الوطئ فى شهر رمضان لكل مسكين مد فجعلناه نفقه لزوجه المعسر وهو اقل ما يقتاته الانسان فى الاغلب وجعلنا للمتوسط مدا ونصفا دون نفقه الموسر فوق نفقه المعسر والمد مايه وثلثه وسبعون درهما وثلث درهم ذكره فى المنهاج ويعتبر اليسار والاعسار بالكسب فى وجوب النفقه لا باصل المال وهو تحكم محض وخلاف المعروف

بين الناس قال ويعتبر ذلك فى الكفارات وسواء كان المقدر فوق شبعها او وفق شبعها او مقصرا فان زاد على شبعها كانت ملكا لها وان نقص ولم تقدر على التقنع به كان الزوج بالخيار بين ان يتم لها شبعها وبين ان يمكنها من اكتسابه فان لم يفعل فلا خيار لها فان لم تقدر على الاكتساب لكفايتها صارت من اهل الصدقات باخذها فى كفايتها من الزكوات والكفارات وهذا عجب ان الله سبحانه يقول قد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم وما ملكت ايمانهم فقد اخبر سبحانه انه فرض علينا ولم يفرض كفايتها من نفقتها على اصحاب الكفارات والزكوات قال ويقدر لاهل الحجاز بالتمر لانه قوتهم ولاهل الطايف بالشعير لانه غالب قوتهم ولاهل اليمن بالذرة ولاهل العراق بالبر ولاهل طبرستان بالرز فتستحق نفقتها من ذلك ولا يعتبر الحب من البر والشعير والذرة دقيق ولا خبز لوجهين احدهما ان ذلك لا يصلح للادخار والازدراع والثانى يثبت فى الذمه دون الدقيق والخبز قلنا ما المانع من ثبوت الدقيق والخبز بالقرض فى ذمته كالسلم فيهما واعتبار الادخار والازدراع باطل لوجهين احدهما ان الشرع لم يرد فى النفقه بالحب اصلا فبطل دعوى الادخار والازدراع فيها والثانى النفقه تجب كفاية اليوم فلا معنى لدعوى الفرق البارد ولانه اذا دفع المد اليها يجب عليه ان يدفع اليها اجرة طحنه حتى يصير دقيقا

واجر خبزه حتى يصير خبزا او يقيم لها من يطحنه ويخبزه فما
المانع من دفع الحب ابتدا وانما هذا ظاهريه محضه بلا دليل
من كتاب او سنه او قول صاحب عند من يقول به او قياس
قال ولا يجب عليه الخبز ابتدا وان طلبته ولو اتفقا على
القيمه ففي جوازها وجهان وفي المنهاج عليه تمليكها حبا
وكذا عليه طحنه وخبزه في الاصح ويجوز الاعتياض في الاصح
الا دقيقا وخبزا على المذهب ولو اكلت معه سقطت
نفقتها في الاصح قلت اذا لم يجز الاعتياض عن البر
بالخبز كيف يسقط الحب الواجب باكل ما لم يجز ان يكون عوضا
عنه ولم يكن حقها وفي المغني لابن قدامه اعتبار النفقه
بالكفارات لا يصح لان الكفارات لا تختلف باليسار والاعسار
ولا هي مقدره بالكفايه وحديث هند الناص على الكفايه
ولهذا لا يشترط الادام قلت هذا عندنا في خبز البر
دون الشعير وغيره قال صاحب المغني وايجاب الحب تحكم
والشرع ورد بالانفاق مطلقا من غير قيد ولا تقدير فيجب
ان يرد الى العرف والعاده وذلك في الخبز والطعام والادام
دون الحب قال ابن قدامه لو دفع اليها دقيقا او سويقا
او خبزا او بدلا لم يلزمها قبوله عند الشافعي قلت
ولو تراضيا على الدقيق والخبز لم يجز على المذهب كما ذكرنا وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه ينفقون على انفسهم
وازواجهم واهليهم ما يتفق لهم اكله دون الحب قال ولان

الحب يحتاج الى طحنه وخبزه فيتكلف ذلك من مالها فلا يحصل
الكفايه بنفقتها قلت ذلك على الزوج في الاصح
ذكره النووي وقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام في
القواعد هلا قدر الشافعي نفقه الزوجات بالحاجه والكفايه
كنفقه الابوين والاولاد ولم قدرها بالامداد قال قلنا لما
كانت النفقه عوضا عن البضع قدرها لان الاصل في الاعواض
التقدير قلت هذا قوله القديم وفي الجديد يجب بازا
التمكين لا بالعقد وسنذكر الدليل بعد هذا على فساد القولين
عن قريب ان شا الله تعالى والعجب منه كيف وجه الامداد على
القديم وليس مذهبا للشافعي فانه قد غسل كتبه القديمه
واشهد على نفسه بالرجوع عنه وهكذا نقله اصحابه عنه منهم
امام الحرمين وقال تاج الدين عبد الرحمن المعروف بالفركاح
من جعل القول القديم مذهبا له فقد كذب عليه وصنف في
ذلك كتابا واستدل في القواعد على بطلان الامداد بقوله عليه
السلام الناس لهند امراه ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف ولم يكن هند عارفه بكون المعروف
مدين في حق الغني ومدا في حق الفقير ومدا ونصفا في حق المتوسط
قال وقد نص الله سبحانه على المعروف في الكسوه بقوله تعالى
المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف قلت رزق المطلقات
وكسوتهن كل منهما مقيد بالمعروف في الايه قال والغالب
ان كل ما ورد في الشرع الى المعروف انه غير مقدر وانه يرجع فيه

الى ما عرف في الشرع او الى ما يتعارف الناس قال ولا فايده في التقدير بالحب فان ما نضم اليه من مونه اصلاحه مجهول والمجهول اذا ضم الى المعلوم صار كله مجهولا ولم يعهد في السلف ولا في الخلف ان احدا انفق الحب على زوجته مع مونه اصلاحه بل المعهود منهم الانفاق مما ياكلون على جاري العاده والذي قاله الشافعي مود الى ان يموت كل انسان ونفقه زوجته في ذمته لان المعاوضه عن الحب الذي اوجبه الشافعي بما يطعمه الرجل من الخبز واللحم وغيرهما لا تصح في الشرع فلا تكون عوضا ولو جاز ان تكون عوضا لم تبرا ذمته من النفقه لانه لم يتعاقد عليه الزوجان وما بلغنا ان احدا من السلف اطعم زوجته على العاده ثم اوصى بان يوفى نفقتها حبا من ماله ولا حكم بذلك حاكم على احد من الازواج بعد موته انتهى كلامه في القواعد وقد تركوا قوله في جميع البلاد الاسلاميه في التقدير بمدي قمح على الروسا والاكابر في نفقات زوجاتهم وانما تفرض الفراض على الامرا والجند بالدراهم ولا ترضى بالقمح امراه السايس ولا يعرف هذا في العالم الا من الكتب على قول حكايه قول الشافعي وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقه لانه منع بحق فلا يحرم نفقتها وكذا بعد الدخول عند ابي حنيفه وقد تقدمت المسئله في كتاب النكاح قوله وان نشزت فلا نفقه لها حتى تعود الى منزله وفي المغني وهو حاضر فان كان غايبا لم تعد نفقتها حتى يعود وهو الاصح عند الشافعيه وسقوط النفقه بالنشوز قول الايمه الاربعه واصحابهم الا

الحكم من المالكيه ومن تابعه من المغاربه وفي الانوار قال عبد الوهاب لا نفقه للناشز وعليه العراقيون من المالكيه قال ابو الوليد وهو الاظهر واختلف المغاربه فيها واوجبها اكثرهم وقالوا هي في مقابله الاستباحه فلا تسقط بمنع المباح كنفقه الابق على سيده وهو قول الشعبي وعمر بن عبد العزيز ذكرهما ابن زرقون من المالكيه وداود ولو امتنعت في منزل الزوج من تمكينه فلها النفقه عندنا وبه قال مالك لان النفقه لاجل الاحتباس المنتفع به وهو قايم لانه يقدر على وطيها كرها او بحيله وفي المدونه لو كانت معه في منزله ومنعته نفسها فعليه النفقه وله الاحتيال الى الوصول اليها والعاده ان البكر لا توطا الا كرها والثيب اسهل وعند الشافعي لا نفقه لها لانها بمقابلة التمكين عنده لا بمقابله البضع على الجديد كنفقه العبد المشترى فان الثمن مقابل بالرقبه والنفقه تجب بسبب الملك وقال اصحابنا نفقه الزوجه بمقابلة الاحتباس المنتفع به وفي الانوار النفقه بمقابله استدامة الاستمتاع بها ولا يجوز ان تكون بمقابله البضع لوجوه احدها ان مجموع النفقه في غايه الجهاله والزمان الذي تجب فيه النفقه لا يعلم عند العقد قطعا فلا يتصور جعلها عوضا عن البضع الا ترى انه لو تزوجها على الف درهم وعلى مد في كل يوم لا تصح التسميه بالاتفاق وثانيها انها تسقط بالنشوز كما تقدم ولو كان بمقابله البضع لم تسقط به كالمهر وثالثها لو كانت صغيره لا يوطا مثلها لا تجب

النفقه مع وجوب المهر فلو كانت في مقابله البضع لوجبت كالمهر
ورابعها ان النبي عليه السلام تزوج عايشه ولم يدخل بها
سنتين وما انفق عليها حتى دخل بها ولو كان حقا واجبا عليه
لما تركه سنتين وفي الحاوي يجب بالتمكين والعقد شرط هذا
عند البغداديين وعند البصريين بالعكس ولا يجوز ان يكون بمقابله
التمكين طردا وعكسا فانه قد يوجد التمكين ولا يجب النفقه كالامه
اذا مكنت من نفسها ليلا او نهارا ولم يبوئها المولى منزلا ولم
يسلمها الى الزوج وقال له متى ظفرت بها وطئتها وكذا لو سلمها
اليه ليلا ولم يسلمها نهارا ذكره في التتمه او كانت تمتنع من النقله
الى منزل الزوج وتمكنه من وطيها في منزل ابيها ويجب للرتقا والقرنا
والمريضه مع عدم التمكين من استحاله الوطي او لحوق الضرر بها
بوطيها وفي الحاوي ان كان في جماعها شده ضرر بها منع
الزوج واخذ بنفقتها وذلك اما لضوله جسدها او لضيق
فرجها او لعظم خلقه وغلظ ذكره فيمنع من وطيها لانه ربما افضاها
وادى الى تلفها وليس ذلك بعيب يوجب الفسخ فان ادعت العجز
عن احتماله وانكر ترى النسا الثقات اذا لم يمكن علمه الا عند
الايلاج ينظر اربع من النسا الى ذكره عند ادخاله في احد الوجهين
على اعتبار انه شهاده وان كانت الزوجه صغيره لا يستمتع بها
فلا نفقه لها معناه لا يوطا مثلها وفي الذخيره لو سلمها
وهي صغيره لا تصلح للجماع لا يجب نفقتها سوا كانت في بيت
الزوج او في بيت ابيها لان سبب وجوب النفقه الاحتباس المنتفع

به اذ الانتفاع هو المطلوب والاحتباس وسيله اليه وفي
الصغيرين لا نفقه لها وان كانت كبيره تجب وفي الانوار ان الزوج
لم يبلغ او كانت ممن لا يمكن وطيها فلا نفقه لها وفي الجواهر
وقيل يلزمه الدخول والنفقه اذا بلغ الوطي وان لم يحتلم وفي الحاوي
نص الشافعي في كتاب النفقات وعشره النسا على انه لا نفقه
للصغيره واختار المزني في قول يجب وان كانت كبيره والزوج
صغير قال المروزي يجب قولا واحدا كقولنا وان كانا
صغيرين الاصح وجوبها وفي المنهاج الاظهر ان لا نفقه لصغيره
وانها تجب لكبيره على صغير وفي التتمه اصح القولين فيهما انها
لا تجب وفي المغني الصغيره التي لا يمكن وطيها لا نفقه لها وعليه
الجمهور وعند الثوري تجب قلت وهو قول داود الظاهري
واصحابه ولو كانت في المهد ذكره في المحلى لاطلاق الزوجات
وفي الاشراف لو زوج الصغير كبيره فلها النفقه واختاره
ابن المنذر وقال مالك لا نفقه لها وفي الذخيره وتجب
نفقه الكبيره على الزوج وان تعذر وطيها لعارض كالرتق
والقرن والحيض والمرض كان ذلك قبل النقله اليه او
مرضت
بعدها في بيت الزوج حتى الكبيره في بيته مرضا يمنعه من
الجماع او زفت اليه كذلك او لم تزف الا انها غير مانعه
نفسها او مانعه بحق تجب وهذا ظاهر الروايه لحصول
الانتفاع بالدواعي والاستمتاع وعن ابي يوسف في الرتقا
والمريضه التي لا يمكن وطيها لا نفقه لها قبل النقله وان انتقلت

اليه بغير رضاه فله ردها الى اهلها وان نقلها مع علمه بذلك
لا يردها ولها النفقه للتسليم القاصر بخلاف الصغيره التي
لا تجامع لان المنفعة فيها فائته حتى لو كانت الصغيره تصلح
للخدمه والاستيناس فنقلها الى بيته فليس له ردها وتستحق
النفقه عند ابي يوسف فاعتبر منفعه للخدمه والاستيناس
على هذه الروايه وعن محمد في الرتقا لا يلزمه نفقتها قبل نقل
الزوج بنفسه كقول ابي يوسف بخلاف ما لو مرضت في
منزل الزوج فانه ليس له ان يحولها الى اهلها بل ينفق عليها
قال ابو يوسف الا ان يتطاول مرضها فيكون بمنزله الرتق
عنده وفي كتاب الاقضيه اذا تزوجها رتقا او مريضه فلها
النفقه لان الرتقا قد يجامع فيما دون الفرج وكذا المريضه فيجب
النفقه فعلى هذه العله اذا كانت الصغيره مشتهاه ويمكن
جماعها فيما دون الفرج يجب نفقتها وقوله لانها عوض عن الملك
عنده هذا قوله القديم ثم رجع عنه وقوله ولا يجتمع العوضان
عن معوض واحد غير لازم فانه لو تزوجها على الف درهم وعبد او
فرس يجوز ويكون الكل عوضا واحدا فكذا مع غيرها من المسمى
والمانع من ذلك قد ذكرناه قبل هذا وزوجه المجبوب لو كانت
صغيره فلا نفقه لها حتى تحتمل الجماع وان كان الجماع لا يتاتى
من المجبوب قوله واذا حبست المراه في دين
فلا نفقه لها لان فوات الاحتباس جا من جهتها بالمماطله
وان لم يكن منها بان كانت عاجزه فليس منه وكذا لو غصبها رجل

فرس

وذهب بها وعن ابي يوسف ان لها النفقه والفتوى على
الاول وفي الوجيز تسقط النفقه بفوات الاحتباس
لا من الزوج على روايه الاصل والجامع والخصاف وهو الاصح
وفي الذخيره هو الصحيح وفي روايه ابي يوسف لا
واختارها ركن الاسلام ابو الحسن علي بن الحسين السغدي
وانما المسقط عنده فوات الاحتباس من جهتها وفائدته
لو حبست ظلما او غصبها انسان لا تجب نفقتها على الاول
وتجب على الثاني وفي البدايع قال في الجامع اذا حبست
في دين فلا نفقه لها ولم يفصل بينما اذا كان حبسها قبل النقله
او بعدها وبينما لو كانت قادره على عاسه في الحبس او لا وذكر
الكرخي انها اذا حبست في دين قبل النقله فان كانت تقدر
ان تخلي بينها وبينه في الحبس فلها النفقه وان كانت محبوسه
في موضع لا تقدر على التخليه فلا نفقه لها وهو تفسير ما
اجمله محمد رحمه الله في الجامع ولو حبست بعد النقله لم تبطل
نفقتها وذكر القدوري ان ما ذكره الكرخي في الحبس محمول
على ما اذا كانت لا تقدر على قضاه اما اذا كانت تقدر فلم
تقض وصبرت على الحبس فلا نفقه لها وهذا كانها حبست نفسها
وفي ادب القاضي للخصاف ان الحبس من قبلها على ثلثه اوجه
اما ان تكون نشزت او حبست بحق او بغير حق فلا نفقه لها
في الوجوه الثلثه اما اذا كان حبسها بغير حق بان لا تقدر على ادا
دينها او حبست ظلما فلان لم يجي من قبل الزوج وفيه خلاف

ابي يوسف وان كان الحبس جهة الزوج فهو على ثلثه اوجه ايضا
ان هرب او حبس بحق او بغير حق لا يسقط نفقتها وفي الذخيره
لو حبس الزوج وهو يقدر على ادا الدين او لا يقدر او حبس ظلما او
هرب فلها النفقه لفواته من جهته وان حبست بعد النقله
وبعد ما فرض لها النفقه لا تبطل نفقتها لان المنع بعارض الزوال
وهو غير مضاف اليها فلا يوثر في اسقاط حقها كالحيض والنفاس
وان قدرت على ادا الدين فلم تفعل فلا نفقه لها وهذا كله قول
ابي يوسف واختيار القاضي ابي الحسن السغدي على ما تقدم
وذكر محمد في الجامع من غير ان حبسها يسقط نفقتها واستشهد
محمد بغصب العين المستاجره من يد المستاجر حيث تسقط الاجره
عنه لفوات الانتفاع لا من جهته كذا هنا ولو حجت بدونه بمحرم
او بغير محرم لا تجب لفوات الاحتباس لا منه وعن ابي يوسف لها
النفقه تعطى نفقه شهر واحد والباقي تاخذ اذا رجعت لانه
لا تقضى لاكثر من شهر ذكره في المنصوري وفي الذخيره والبدايع
لكن تجب نفقه الاقامه دون السفر لانها هي المستحقه ولو سافر
معها زوجها يجب عليه نفقه الاقامه ولا يجب غلا السعر ومونه
السفر والكرا حتى لو كانت نفقتها في الحضر درهم وفي السفر
نصف دينار تجب درهم والباقي من مالها وعن ابي يوسف بعد
النقله تجب في الحبس والحج وقبلها لا تجب وعنه يومر الزوج ان
يحج معها وينفق عليها ذكره في الجامع وفي الذخيره لو حجت
حجة الاسلام قبل البنا بها فلا نفقه لها وبعده تجب في قول

ابي يوسف وقال محمد لا نفقه لها قال صاحب الذخيره
هكذا ذكره القدوري وذكر الخصاف انه لا نفقه لها ولم يذكر
خلافا لابي يوسف ان التسليم قد وجد وهي مضطره في حجة
الاسلام بخلاف ما اذا لم يبن عليها لعدم التسليم واجمعوا على
ان الصوم والصلاة لا يسقط النفقه ولو اقامت هناك مده
لا يحتاج اليها فلا نفقه لها وان مرضت في منزل الزوج فلها
النفقه استحسانا وفي البدايع لو آلى منها او ظاهر فلها
النفقه وكذا لو وطئت بشبهه او وطئ الزوج عمتها او
خالتها او اختها بشبهه او بنكاح فاسد فلها النفقه وان
امتنع وطيها حتى تنقضي عدتها وفي الحاوي لو احرمت بحج
فرض او نفل بغير اذنه فلا نفقه لها وباذنه وذهب معها فلها
النفقه وكذا ان لم يكن معها في اظهر القولين وفي الجواهر
تجب النفقه للرتقا والمريضه والمجنونه وان زوجت صغيره
من صغير فلا نفقه لها حتى تبلغ وتطيق وفي المغني لو سلمت
نفسها وهي حايض او نفسا او مريضه او رتقا لزمته النفقة
وكذا ان حدث فيها شي من ذلك في منزله لان الاستمتاع بها
ممكن وان ادعت ضررا في وطيه لضيق فرجها او قروح به وانكره
يري امراه ثقه ويعمل بقولها وان ادعت عبالة ذكره وعظمه
ينظر اليهما امراه ثقه كقولنا وعند مالك يشترط امراتان
وعند الشافعي اربع وقد ذكرنا ذلك عنه ولو امتنعت حتى
تقبض صداقها فلها النفقه ولو كان المنع لصغر او مرض لم تلزمه

النفقه ولو احرمت بحج نفل بغير اذنه سقطت نفقتها وكذا
باذنه في الصحيح وقال القاضي لها النفقه وان احرمت
بالحج الواجب من الميقات فلها النفقه لانه منع بحق كما لو
صامت رمضان ولو كان احرامها قبل الميقات او قبل الوقت
فلا نفقه لها لانها فوت التمكين بشيء مستغنى عنه وفي الصوم
التطوع تسقط نفقتها وعن ابي يوسف انها اذا سلمت ثم مرضت
تجب نفقتها لتحقق التسليم التام ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لان التسليم لم يصح قالوا هذا احسن وفي لفظ المختصر ما يشير
اليه وهو قوله ان مرضت في منزل الزوج وفي الجامع مرضت في
منزله او زفت اليه مريضه تجب استحسانا كالرتق والقرن
وقياسا لا كالصغيره وخلاف ابي يوسف في الثانيه ولو منعت
نفسها لاستيفا مهرها تجب وعن ابي يوسف لا تجب قبل النقله
اليه وكذا لو منعت نفسها بعد دخوله تجب عند ابي حنيفه وقد
مرت غير مره ولو كان سلمها ابوها وهي مراهقه فوطيها الزوج
فللاب منعها اتفاقا لعدم صحة التسليم ذكره الشهيد ولا
يشترط في المكاتبه التبويه كالحره واذا بوا الامه حتى وجبت
نفقتها فله اخذها وتسقط لان التبويه اعاره لا لزوم فيها
قوله وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقه
خادمها ايضا وهو قول الايمه الاربعه وفي الاسبيجابي والينابيع
ان كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها فرض
له النفقه بالمعروف وفي الذخيره ان لم يكن لها خادم لا تفرض

عليه نفقه خادم في ظاهر الروايه عن اصحابنا الثلثه ولو ابى
الزوج ان ينفق على خادمها وجا بخادم من عنده لم يقبل منه وعن
بعض مشايخنا له ذلك كما لو خدمها بنفسه ثم اختلف مشايخنا
في الخادم اي خادم هي منهم من قال هي مملوكتها حتى لو كانت
حره او غير مملوكه لها لا تستحق النفقه ومنهم من قال كل
من يخدمها وان كان معسرا لم يفرض لها نفقه خادم وان كان لها
خادم في روايه الحسن عن ابي حنيفه وهي الاصح وعند محمد تجب
نفقه خادمها اذا كان لها خادم وفي الانوار وعليه
اخدامها ان كانت لا تخدم نفسها لشرفها وغنى زوجها وان
كانت من اهل الضعه فليس عليه خدمتها ولو قال انا ادفع
اليها ولا انفق على خادمها فلم ترض هي الا بخادمها فلها ذلك
ويلزمه ان ينفق عليها وفي الحاوي نفقه خادمها ان كان مملوكا
لها دون نفقه زوجته فجعلوها مدا على الموسر والمتوسط والمقتر
وسووا فيه بين القادر والعاجز وفي المغني ان كانت من ذوي
الاقدار يجب لها نفقه خادم واحد ولا يلزمه تمليك الخادم منها
وان قالت انا اخدم نفسي وطلبت اجر خادم لا يلزمه وان قال
الزوج انا اخدمك بنفسي لا يلزمها لانها تحتشمه وفي ذلك غضاضه
في حقها لكون زوجها خادما لها وفي وجه يجوز ويلزمها الرضى به
وفي الكتاب ما يدل على ان الثاني قولنا لانه قال لو تولى ذلك
بنفسه كان كافيا ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا قول
الجمهور منهم الايمه الاربعه ومحمد وقال ابو يوسف تفرض

لخادمين احدهما لمصالح داخل البيت والاخر لمصالح خارجه
وهو نظير الخلاف في الغازي اذا حضر الغزاه بافراس يسهم
لفرس واحد عندهما وعند ابي يوسف لفرسين على ما ياتي في
السير ان شا الله تعالى وفي فتاوى اهل سمرقند اذا كانت من
بنات الاشراف وذوي الاقدار ولها خدم كثير يجبر على نفقه
خادمين وعن ابي يوسف في روايه اخرى اذا كانت فايقه
في الغنى والرخت ولها خدم كثير وزفت اليه كذلك استحقت
نفقه الخدم كلها على زوجها وهي روايه هشام عن محمد وفي الينابيع
وعن ابي يوسف يفرض للمفرطه في اليسار لخدامها وان كثروا
واختاره الطحاوي وان كانت الزوجه امة فلا نفقه لخادمها
ولو كان له اولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين واكثر
بخلاف الزوجه لحصول المقصود بخادم واحد والخادم اذا لم يخدم
لا يستحق النفقه لانه ليس بخادم وفي الذخيره كما تفرض
نفقه القاضي نفسه في بيت المال يفرض لخادمه ايضا كذا الزوجه
وقال ابو بكر بن المنذر في الاشراف ليس في وجوب نفقه
الخادم اصل يعتمد عليه من خبر يجب قبوله فتفرض لخادم واحد
وهو اقل ما قيل فيه وعند الظاهريه لا تفرض لخادم ولو كانت
بنت السلطان ذكره في المحلى وفي الذخيره يجب نفقة الامة
على زوجها حرا كان او عبدا او مكاتبا او مدبرا اذا بواها مولاها
بيتا في منزل الزوج ولم يستخدمها لتفرغ نفسها للقيام بمصالح
زوجها وكذا لو تزوجوا حرة وقد بوئت بيتا تفرض عليهم نفقتها

شرط التبويه في الحرة وهذا لا يكاد يصح والحرة لا يستحق احد
خدمتها فينبغي ان تستحق النفقة اذا لم تمنع نفسها قلت
يحتمل ان يكون مستاجرة لخدمة امراة او ظئرا عند احد ولو
كانت الامة تذهب الى المولى في بعض الاحيان وتخدمه من غير
استخدامه فلها النفقه ولو استخدمها اهل المولى ومنعوها
من الرجوع فهو كاستخدامه تسقط به نفقتها ولو تزوج العبد
باذن المولى وفرض القاضي عليه النفقه تتعلق برقبته فيباع
فيها وان فداه المولى لم يبع فان اجتمعت مرة ثانيه بيع فيها
ايضا فان مات العبد سقطت النفقه ولا تطلب بها المولى كالعبد
الجاني اذا مات لان محل الاستيفاء قد فات بالموت وان قتل
انتقلت النفقه الى قيمته قال القدوري هذا غير صحيح
بل تسقط بالموت لمعنى الصله والقيمه انما تقوم مقامه في حق
دين لا يسقط بالموت وفي البدايع ان مات العبد سقطت
نفقتها وكذا لو قتل في ظاهر الروايه وذكر الكرخي انها تنتقل
الى قيمته لقيامها مقام العبد ووجه الظاهر ان فيها معنى
الصله فاشبه الحر اذا قتل خطا لا توخذ النفقه من ديته
قال وكذا في المدبر والمكاتب تتعلق برقبته وكسبه وفي
الذخيره لا تتعلق برقبه المكاتب فان عجز بيع فيها وفي
الاشراف على العبد نفقه زوجته قال ابن المنذر اجمع كل
من يحفظ عنه من اهل العلم على ذلك كالايمة الاربعة واصحابهم
والعبد يباع في النفقه عندنا وعند الشافعي لا يباع وثبت لها الخيار

في الفرقة وكذا عند احمد لكن على سيده وفي رواية في كسبه وفي
التنبيه وفي العبد غير المكتسب يجب في ذمة سيده وقيل في
ذمته يوخذ بها بعد عتقه وفي الامة لسيدها والذمية في النفقة
كالمسلمة وامراة اكلت من مال زوجها زمانا ثم ظهر انه كان ميتا قبل
ذلك فهو من نصيبها وهو قول ابي العالية وابي قلابة ومحمد بن سيرين
والشافعي وقال الحسن والنخعي هو لها بما حبست نفسها
عليه وهو يعد من النفقة اذ المال لورثته وهي لم تحبس نفسها
لهم واذا كان له عليها دين فقال احسبوا نفقتها مما لي عليها
وجب وقاصها به عند الكوفي ولابي ثور قولان احدهما كذلك
والثاني ان عليها تركها حتى يحصل لها اليسار اذا كانت معدمة
للايه واختاره ابن المنذر وفي الذخيرة لو زوج عبده امته
فنفقتها عليه بواها بيتا ام لا واذا فرض القاضي نفقتها فاخذت
نفقة اشهر ثم ظهر النكاح فاسدا رجع عليها بما اخذت وان
انفق عليها بغير فرض لم يرجع عليها بشيء هكذا ذكره الصدر الشهيد
في ادب القاضي وذكر في الحاوي في الفتاوى لو ان رجلا اتهم
بامراة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بان الحبل منه
فالنكاح فاسد عند ابي يوسف وعندهما صحيح وتستحق النفقة
وذكر في موضع اخر انها لا تستحق النفقة عندهما ايضا لانه ممنوع
عن وطيها وان اقر انه منه يجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند
الكل وحل وطيها فروع لو اختلفا في العسر
واليسر فالقول قول الزوج والبينة لها وهو قول الشافعي

وابي ثور وفي البدايع القول للزوج في دعوى الاعسار مع
يمينه هكذا ذكره القاضي والخصاف وذكر محمد في الزيادات
ان القول قول المراة مع يمينها لان الاقدام على الدخول بها او
العقد عليها دليل يساره بالنفقة ومنهم من نظر الى المطلو
وفي الينابيع يفرض للزوجة في الشتاء ان كان موسرا درع
يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء
اذربيجاني ولخادمها قميص زطي وازار كرباس وكساء رخيص
وفي الصيف درع سابوري وخمار ابريسم وملحفة كتان
وان كان الزوج من اعسار فلها في الشتاء درع يهودي وملحفة
هروية وجبة خز او درع قز وخمار ابريسم ولحاف ولخادمها قميص
يهودي وازار وجبة وكساء وخمار وان كان مقترا يفرض لها
في الشتاء درع يهودي وخمار سابوري وملحفة زطية ولخادمها
قميص كرباس وازار وكساء وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله انه
لا يجب للزوجة ملاءة ولا لحاف وفي الذخيرة لا يفرض لخادمها
خمار ويفرض لها المكعب والخف وقال محمد في الكتاب
كسوة المراة في الشتاء على المعسر درع يهودي وملحفة زطية
وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفيها وفي الموسر درع
يهودي او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء ابنجاني
ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم ومحمد
رحمه الله ذكر هنا في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء
الا ان الدرع يكون مجيبا من قبل الصدر والقميص ما يكون مجيبا

من قبل الكتف ذكره الحلواني فتوسع الخصاف واجازه للنسا
قلت لم يذكر القميص فيما تقدم الا الخادمها والملحفه الملاة
التي تلبسها المراه للخروج قال الخصاف هي شبه الرداء غير
ان الرداء دون الملحفه في العرض وقيل الملحفه ما تلبس بالليل
للتغطيه ثم ان محمدا رحمه الله لم يوجب الازار واوجبه الخصاف
في كسوة الشتاء دون الصيف قال السرخسي انما لم يوجبه محمد
لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف
وقيل اختلاف عرف وزمان وكان العرف في زمن محمد رحمه الله
تعود المراة في بيتها بلا سراويل وفي زمن الخصاف في العراق
كانت المراه تجلس في بيتها مع السراويل لكن في الصيف لا يمكنها
ذلك لشدة الحر ويجب لها في الشتا اللحاف وفراش النوم ويجب
على القاضي اعتبار الكفايه بالمعروف في كل وقت ومكان وفي ادب
القاضي للخصاف يفرض على الفقير قميص ومقنعه وملحفه باعتبار
الحال ويزاد في الشتا سراويل وجبه على قدر عسرته ويسرته
قال الشهيد لم يذكر الخصاف السراويل في كسوة الصيف
وذكرها في كسوة الشتا ومحمد لم يذكرها في المبسوط اصلا قلت
العرف ايجابها في الشتا والصيف وذكر شريك بن عبد الله ان ابن
ابي ليلى قضى للمراه بدرعين وخمارين وملحفه واحده في السنه ولم
يذكر السراويل اصلا قلت هو عرف العرب واهل الريف
لطول ثيابهن لا يلبسن السراويل ونسا المدن قمصانهن قصار
جدا فلا بد لهن من السراويل صيفا وشتا فالقاضي ينظر الى عرف كل

قوم وعادتهم وقال الشهيد اما في عرف ديارنا فيقضي بالسراويل
لها وبالجبه في الشتا وفي الجواهر قال ابن القسم عليه من
الكسوه ما يصلح للشتا والصيف من قميص وجبه وخمار ومقنعه
والسبنيه والوساده وشبه ذلك مما لا غنا عنه والغطا والوطا
والملحفه والسرير في الوقت الذي يحتاج اليه لخوف العقارب
والحيات وقال ابن حبيب او براغيث او فار ونص ملك
على انه لا يلزمه الحرير وان كان متسع الحال فاجراه ابن القسم
على ظاهره وذلك للتجمل ولا يلزم ذلك الزوج وحمل القاضي ابو الحسن
ذلك على عادة اهل المدينه وقال عبد الملك بن الماجشون
ان كانت شورتها التي شورت بها من صداقها عندها فليس
عليه سواها لا في لبس ولا في غطا ولا في وطا بل له الاستمتاع بها
معها لا كلام لها فيه وان كان العهد قد طال بها حتى خلقت الشوره
وذهبت او لم يشور بالصداق لقلته فعليه كسوتها الشتا والصيف
مما لا غنا للنسا عنه وفي المغني يرجع في كسوتها الى اجتهاد الحاكم
فيفرض على قدر يسرتهما وعسرتهما فعلى الموسر اذا كان
تحته موسره يجب من ارفع ثياب البلد كالكتان والخز والابريسم
وللمعسره تحت المعسر من غليظ القطن والكتان وللمتوسطه
تحت الوسط من ذلك واقلها قميص وسراويل ومقنعه ومداس
وجبه في الشتا ويزيد في العدد ما جرت العاده بلبسه دون
ما يكون للتجمل والزينه ويجب للنوم الفراش واللحاف والوساده
ومن عادته النوم في الاكسيه والبسط فعليه ذلك على العاده

وجلوسها نهارا والحصير الرفيع او الخشن بحسب اليسار
والاعسار وكذا المسكن وفي الحاوي اقل الكسوة ثلثة
اثواب في الصيف واربعة في الشتاء وهي قميص لجسدها وقناع
لراسها وسراويل او مئزر لوسطها والرابع جبة للشتاء ولا
يجب الملحفة لانها للخروج والزوج يمنعها وكذا الخف والمداس
في البيوت للعرف ويعتبر في جنس الثياب عادة بلدها فان
كان الغالب القطن في الصيف والخز في الشتا فرض لامراة
الموسر بقطن مرتفع ناعم كالنهري وجبة خز في الشتاء ولزوجة
المتوسط متوسط القطن كالمروي والبغدادي وجبة قطن محشوة
وللمقترة غليظ القطن كالبصري والكوفي وجبة منه او من الصوف
ان كان يلبسه نسا بلدها وان كانت ثياب بلدها الكتان والابريسم
فرض لزوجة الموسر ثوب من مرتفع الكتان كالدبيقي او مرتفع
الصقلي وفي الشتا جبة ابريسم كالديباج والحرير ويعتبر القميص
بقدها وطولها وسمنها وكذا في السراويل وينظر في ذلك الى
الكفاية وفي النفقة لا يعتبر الكفاية وفي المغرب درع
المراة ما تلبسه فوق القميص وهو مذكر ودرع الحديد مؤنثة
ودرع سابري منسوب الى سابور موضع بفارس وملحفة دبرزورية
نسب الى موضع وفي المجمل والشوار متاع البيت ولو فرضها
ما يحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز
ولا اعجن ولا اطبخ ولا اعالج شيا من ذلك لا تجبر عليه ذكره
الخصاف في ادب القاضي وعليه ان ياتي بمن يكفيها عمل ذلك لان

الواجب عليه الطعام وهو ما يطعمه الانسان اي ياكله بخلاف
نفقة خادمها فانها لا تستحق اذا لم تعمل وقد تقدم وقال
الفقيه ابو الليث هذا اذا كان بها علة لا تقدر معها على الطبخ
والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك اما اذا كانت تقدر وهي ممن بنفسها ح
تخدم نفسها لا يجب على الزوج ان ياتي بمن يفعل ذلك والمستحب
للزوج اذا كانت فقيرة ان ياكل معها مما ياكله واذا كانت ممتنعة
مما ذكرنا قال السرخسي فللزوج ان يمتنع من الادام ويعطيها خبز
البر ويقول هو طعام بخلاف خبز الشعير فانه لا بد من الادام معه
وكذا اذا طلبت الفواكه لا يعطيها وفي المغني قال الشافعي يعتبر
في الادم الادهان لانها لا يحتاج الى الطبخ وكلفه ويعتبر بغالب عادة
اهل البلدان ففي الشام يعتبر الزيت وفي العراق الشيرج وفي
خراسان السمن وفي كل يوم جمعة رطل لحم فاذا كان رخيصا زاد
على الرطل قال وهذا مخالف لقول الله تعالى لينفق ذو سعة من
سعته ومن قدر عليه رزقه اي ضيق فلينفق مما اتاه الله
ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهن عليكم رزقهن
وكسوتهن بالمعروف ومتى انفق الموسر نفقة المعسر لم ينفق بالمعروف
ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله سبحانه بين الموسر والمعسر في
الانفاق وفي ذلك جمع بين ما فرقه الله تعالى وتقدير الادام بما
ذكروه خلاف المعروف بين الناس وهو تحكم بلا دليل فلا يعول عليه
ومتى راوا الناس ياكلون الخبز بالشيرج وانما يقلى بالشيرج
الباذنجان والجبن والسمك والقطايف وزعموا انه عرف ولم يعرفوه

في الاصل وزعموا انه في الشرع مقدر ليت شعري من اين جا ايجاب
الادم والبر في الكفارة حتى يترك العرف به وقالوا ان كانت مروية
فالمعتبر ما ياكله اهل البادية دون التقدير فهل وجدوا في الكفارة
فرقا بين الحضري والبدوي ويقولون انه شرع ويفرض لها الكسوة
في كل ستة اشهر والنفقة في كل شهر في اوله ويعطيها لتعذر الفرض
على الحاكم في كل يوم في اوله ووسطه واخره قال شمس الائمة
السرخسي تقدير محمد الفرض في كل شهر ليس بلازم والمحترف يفرض
يوما بيوم وان كان من التجار وارباب الاجر يفرض عليه شهرا فشهرا
وان كان من الدهاقين يفرض عليه سنة فسنة والصناع الذين
لا يفرغ عملهم الا بانقضاء ايام الاسبوع يفرض عليهم كذلك
وعند الشافعي وابن حنبل يفرض في اول كل يوم عند طلوع الشمس
قال ابن المنذر في الاشراف قضى شريح للزوجة بخمسة عشر
صاعا بالحجاجي ودرهمين لدهنها وحاجتها وفرض الشعبي خمسة عشر
صاعا من الحنطة ودرهمين في كل شهر وفرض علي لامراة وخادمها
اثني عشر درهما اربعة للخادم وثمانية للمراة وذلك في مصنف ابي بكر
ابن ابي شيبة ولم يقض احد منهم يوما بيوم ولو كانت تلبس يوما
وتترك يوما توفرا يجددها الكسوة اذا فرغ الفصل وان لبست
دايما ولم يتخرق لم يجددها اذا فرغ الفصل يظهر الغلط في التقدير
قوله ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما
ويقال لها استديني عليه هذا قول اصحابنا وهو مذهب عطا
ابن يسار والزهري والحسن بن ابي الحسن البصري والثوري وابن

شبرمة وابن ابي ليلى وحماد بن ابي سليمان وداود واصحابه واختيار
ابن المنذر وقالت الايمة الثلثة يفرق بينهما قال ملك
ويكون الواقع طلقة رجعية وليس له رجعتها الا اذا ايسر
في العدة وعند ابن حنبل ان طلقها بنفسه طلقة او طلقتين
فله رجعتها في العدة فان راجعها ولم يقدر على نفقتها فلها رفعه
الى الحاكم وتفريق الحاكم فسخ وعند الشافعي ترفع الى الحاكم
في يوم اعسار في القديم وفي الجديد بعد ثلثة ايام وهو فسخ
عنده وان اعسر بنفقة خادمها او بادامها او نفقة الموسر
لم يثبت لها خيار الفسخ وفي المغني فان رضيت بالمقام معه
مع عسرته او ترك انفاقه او تزوجت به عالمة باعساره ثم عن
لها طلب الفسخ فلها ذلك عند الشافعي وابن حنبل وعند ملك
ليس لها ذلك قال القاضي من الحنابلة وهو ظاهر قول
احمد قالوا النفقة يتجدد كل يوم فكان الرضى بسقوطها قبل
وجوبها فلا يعتبر وتناقض قولهم فيمن تزوجت عالمة باعساره
بالمهر راضية به لم تملك الفسخ ولم يقولوا رضيت بذلك قبل
وجوبه وللشافعي في الفسخ بالاعسار عن الصداق الواجب
ثلثة اقوال احدها لها الفسخ به قبل الدخول وبعده
فقياس هذا كان ينبغي لها ان تفسخ ولا يعتبر رضاها قبل وجوبه
كما قالوا في النفقة قالوا وهو الظاهر من كلام الشافعي وهذا
يبطل تعليل الشافعي بفوت البدن بعدم النفقة والقول
الثاني لا خيار لها قبل الدخول ولا بعده وهو اختيار المزني

والثالث يفسخ قبل الدخول لا بعده واختاره المروزي وابن
ابي هريرة واكثرهم ذكر ذلك كله في الحاوي وفيه لو عجز عن عشر
المد وقدر على تسعة اعشاره فسخ وكذا ان اعسر بكسوتها فسخ
ولو امتنع من الانفاق عليها لم تفرق اذا كان موسرًا ويبيع
الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى
ينفق عليها ولا يفسخ نكاحه وان وجد نفقة يوم وعدم نفقة
يوم لها فسخه والنساج اذا كان لا يفرغ من نسجه الا بعد
اسبوع ونسجه يكفي لنفقة اسبوع فلا خيار لها وتستدين على
نفسها او تاكل من مالها او من الصدقات والكفارات ثم النجار
والحمال والبنا وغيرهم من الصناع اذا تعذر عليهم العمل من لم
يكن لها فسخ نكاحها الا ان يكون التعذر غالبا ولو كان له دين
على موسر لا يوفي يحبس حتى يوفي ولا يفسخ ولو مكث في الحبس
اشهرًا او يفوت حياة الزوجة ومن كان لا يقدر الا من الاعمال
المحظورة كاجرة صناع الملاهي وما ياخذ من النجامة والكهانة
فهو واجد للنفقة فاذا امهل ثلثة ايام يخرج للاكتساب في
الثلث نهارًا ولا يمنعها ثم ان ملكا يؤجل شهرًا ونحوه وفي المهر
يؤجل عامين وعن عمر بن عبد العزيز يؤجل في النفقة شهرين ومنهم
من قال يؤجل سنة احتجوا بما روي عن سعيد بن المسيب
ان عبد الرحمن ابن ابي الزناد ساله عن الرجل لا يجد ما ينفق على
امراته قال يفرق بينهما قلت سنة قال سنة قال ابو محمد
ابن حزم روينا عن ابن المسيب قولين احدهما يجبر على مفارقتها والاخر

يفرق بينهما وتعلقوا ايضًا بما ثبت عن عمر بن الخطاب انه
كتب الى امرا الاجناد في رجال غابوا عن نسايهم فامرهم ان
ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا ببقية نفقتهن الماضية
وبما تقدم انه عليه السلام قال في حديث ابي هريرة امراتك
تقول اطعمني والا فارقني رواه البخاري وغيره وبما رواه ابو هريرة
انه عليه السلام قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته قال
يفرق بينهما رواه الدارقطني وقاسوا على العنين والمولي قال
الشافعي بل اولى لوجهين احدهما ان البدن يقوم بترك
الجماع ولا يقوم بترك الغذا فلما ثبت الخيار بترك الجماع فبترك
النفقة اولى والثاني ان منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا
ثبت في المشترك فثبوته في المختص اولى واعتبروه بنفقة العبد
فانه يومر ببيعه وبالمبيع اذا اعسر بثمنه ولنا قوله
تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وهو عام في انظار كل
معسر بحق وقال تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامايكم ان يكونوا فقرا يغنهم الله من فضله فاذا
كان الفقر غير مانع من ابتدا النكاح والفقير عندهم من لا شي له
فالبقا اسهل وقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها
سيجعل الله بعد عسر يسرًا دليل على ان من لم يقدر على النفقة
لا يكلف الانفاق فاذا لم يكن مكلفا بها لم يكن واجبة عليه في
هذه الحالة فلا يجوز التفريق لعجزه عن نفقة لم تجب عليه ولا
يجوز اجباره على الطلاق لاجل نفقة لم تجب عليه وقد اخبر انه

سيجعل بعدن يسرا ووعد حق لا نخلفه وفي الاشراف والمحلى
قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه لو رايت ابنه خارجة سالتني
النفقة لقمت اليها فوجات عنقها وكذا ذكرا عنه في عايشه وعن
عمر في حفصه ومن المحال المتيقن ان يضربا طالب حق وفي المحلى
عن ملك قال ادركت من كان يقول اذا لم ينفق على امراته فرق
بينهما فقيل له قد كانت الصحابه يعسرون ويحتاجون ولم يفرق
بينهم وبين نسايهم قال ملك ليس الناس اليوم كذلك قال
علي بن حزم ومن اعجب العجب قول ملك للذي احتج عليه بالصحابه
ليس الناس اليوم كذلك انما تزوجته رجا فجمعت مقالته هذه
وجوها من مخالفه امر الصحابه وما مضوا عليه باقرار واعترافه
بان الناس اليوم ليسوا كذلك فكيف يجوز له ان يخبر حكما يقر
بان الناس فيه على خلاف ما مضى عليه الصحابه ومن اين له ذلك ومن
اين عرف تبدل الناس فيها بل كل من تزوج من الصحابه فانما
تزوج والنفقه عليها بلا شك وما الناس اليوم وقبله الى عهد
الصحابه الا كذلك ثم قوله انما تزوجته رجا نعال وكان ماذا
واي شي يحل امر ما مضى عليه الصحابه قال ثم احتج الشافعيون
عليه فقالوا اذا كلفتموها صبر شهر ولا سبيل لها الى صبر شهر
بلا اكل فماذا تصنع وقال يقال للشافعيين وما ارتكبتموه اعظم
فانكم اذا طلقتموها عليه فانه لا صبر لها مدة العده بلا اكل
ولا تعيش مدة ثلثه اشهر او مده انقضا ثلثه اقراء بلا نفقه
فقد يكون ممتد الطهر فقعد سنين بلا نفقه قلت العرف

للشافعية ان ذلك بسوالها ورضاها والجواب عن قول
سعيد بن المسيب انه سنه انما روى عنه ذلك عبد الرحمن بن
ابي الزناد قال ابن حزم هو لا شي فسقط الاحتجاج به والجواب
الثاني قال الحافظ ابو جعفر الطحاوي لا نقطع بانه سنه رسول الله
صلى الله عليه وسلم سانه ان زيد بن ثابت كان يقول المراه كالرجل
في الارش الى ثلث الديه فان زاد على الثلث فحالها على النصف
من حال الرجل قال ربيعه بن ابي عبد الرحمن قلت لسعيد بن
المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امراه قال عليه عشر من الابل
قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت
فان قطع ثلث اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع
اربعا من اصابعها قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله
لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي انت قلت
لا بل جاهل مسترشد او عاقل مستثبت فقال انه السنه قال
ابو جعفر لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قول زيد سنة
قال ابن حزم في المحلى قد خالف سعيد بن المسيب في ذلك عمر بن
الخطاب وعلي بن ابي طالب وغيرهما وقد قال سعيد بن جبير في المحرم
يقتل صيدا خطا فلا شي عليه فقيل له عمر قال السنه قال
ابو محمد بن حزم العجب من المالكيين جعلوا قول ابن المسيب انه السنه
حجه مع مخالفه الصحابه والقران فاذا وجب عليه ثلثون من الابل
بقطع ثلث اصابع منها فاذا قطع الرابعة لم يوجب ذلك شيا
ويسقط عشرا من الابل ايضا التي وجبت بقطع الثالثه عليه فهذا

لا يوافقه الكتاب ولا السنه ولا دليل العقل ولم يجعلوا قول ابن
جبير انه السنه حجه مع موافقه القران الثالث انه مرسل
والشافعي لا يجعل المرسل حجة فان موهوا بما يروى عن الشافعي
انه استحسنها وعلل بانه استقراها فوجدها مسانيد ولا يشك
من له فهم ان الشافعي لم يستقري جميع مراسيل سعيد بن المسيب
ولا غيره ولا نقل عن سعيد انه قال ما ارسلت قط الا ما كان
مرفوعا صحيحا فاذا ثبت لنا ذلك فيجوز ان يكون في مراسيله
ما لا يكون مرفوعا فلا يكون حجة عنده اذ ما من مرسل له الا
ويجوز ان لا يكون مسندا فينبغي ان يمنع على اصله من العمل بجميع
مراسيله الا ما علم منه انه مرفوع من ذلك كما لو روى الراوي
نسخه في الحديث وشك في حديث واحد او تيقن انه لم يروه ولم
يعلم ذلك بعينه من نسخته فقد منع من روايه الجميع اذ ما من
حديث الا ويجوز ان يكون هو الذي لم يروه واذا اختلط المجهول
بالمعلوم ولم يعلم المعلوم من المجهول صار الكل مجهولا فكذا ما نحن
فيه والقاعده في العمل بالمرسل عنده احد امور اربعه ان
يروى من طريق اخر مرسلا او مرفوعا او يعمل به بعض الصحابه
ولو كان واحدا او جماعه من التابعين ذكر هذه القاعده عنه
البيهقي في رسالته والنووي في شرح المهذب في كتاب الحج
ولا فرق بين مراسيل سعيد بن المسيب وغيره في ذلك وقال
ابن حزم قد روينا عن ابن المسيب قولين مختلفين فاحدهما كان السنه
والاخر خلاف السنه فبطل قوله السنه لاضطرابه ومخالفه بعضه

بعضا وذكر عنه في الاستذكار لابن عبد البر كقولنا والجواب
عن اثر عمر انه لم يكتب الى امرا الاجناد الا في حق الاغنيا دون
العاجزين عن النفقه ولهذا قال فاذا طلقوا بعثوا بما كان لهن
من النفقه الماضيه ونحن نتكلم فيمن اعسر بنفقه امراته ولا ذكر
لذلك في كتاب عمر وقال ابن حزم قد صح عن عمر اسقاط طلبها
من المعسر ثم الفرق بين القادر والعاجز ان العاجز معذور غير
مكلف بما لا قدره له عليه والقادر المانع معاند وهم اول التاركين
لقول عمر فانهم لا يامرونه بالطلاق ولا يطلقون عليه ولا يطلقون
على العاجز قال ابو محمد واذا لم يكن للزوج مال فنفقتها في
مال نفسها وان لم يكن لها مال فنفقتها في سهم المساكين والفقرا
من الصدقات والكفارات بنص القران فاي وجه للطلاق لو
انصف المعاندون انفسهم انتهى كلام ابن حزم قلت كما
قالوا في النساج اذا كان نسجه لا يفرغ الا بعد مده امهل الاسبوع
انها تاكل من مالها في تلك المده او تستدين عليه او تاكل من
الصدقات والزكوات والكفارات ولو كان له دين على موسر لا
يوفي حبس حتى يوفي ولا يفسخ نكاحه ولو بقي في الحبس اشهرا واذا
امهل ثلثه ايام تخرج للاكتساب نهارا ولا يمنعها الزوج من الخروج
وفي المغني لو رضيت بالمقام معه مع اعساره لم يلزمها التمكين
وعليه تخليه سبيلها لتكتسب وتنفق على نفسها والجواب
عن قول ابي هريره امراتك تقول اطعمني والا طلقني فقالوا يا ابا هريره
سمعت هذا من رسول الله قال لا هذا من كيس ابي هريره رواه كذلك

عنه البخاري في صحيحه ولان ذلك من قول المراه وليس فيه ان الرجل
يلزم به ووجه اخر ان هذا الحديث لم يذكر في المعسر والخلاف
في المعسر والموسر لا يلزم بالطلاق والجواب عن حديث
ابي هريره الذي انفرد به الدارقطني عن الجماعه ولم يذكر في الكتب
السته ولا غيرها من الدواوين المشهوره قال ابو بكر بن المنذر
النكاح ثبت باجماع فلا يفرق الا بمثله او بسنه ثابته عن رسول الله
لا معارض لها وهذا دليل على ان الحديث غير ثابت وفي طريقه
عبد الباقي بن قانع وقد ضعفه ابن حزم وسيل البرقاني عنه
فقال في حديثه نكره وقال ايضا وهو عندنا ضعيف وقال
ابو بكر بن عبدان لا يدخل في الصحيح وقال الدارقطني كان
يخطي ويصر على الخطا وكان قد حدث به اختلاط قبل موته بمده
وسمع منه قوم في اختلاطه قاله ابو الحسن بن الفرات وفوقه
عاصم بن بهدله ابي النجود تكلم فيه ابن عليه وقال ابو حاتم لم يكن
بذاك الحافظ وقال يحيى بن سعيد ليس به باس وقال الدارقطني
في حفظه شي روى له مسلم مقرونا بعبده بن ابي لبابه ذكره في الكمال
والجواب عن العنين قال ابو بكر بن المنذر لا يحتج بالعنين
لانه بالاجماع ولا اجماع في مسلتنا ولانا قد اتفقنا نحن وانتم على
انه لو وطيها مره في عمره لا يثبت لها خيار العنه اذا عن عنها
بعد ذلك فيلزمكم ان توافقونا على انه لو انفق عليها مره واكثر ثم
اعسر لا يفرق بينهما وهم يفرقون بينهما كلما عجز عن النفقه وجواب
اخر ان النفس لا يفوت بترك انفاق الزوج بل يبقى بانفاقها على نفسها

من مالها او بالدين او من الصدقات والزكوات او الكفارات كما
ذكرواهم فيما تقدم والفرق بين العنه والعسر ان حقها في
العنه يفوت لا الى خلف ولا يمكن تحصيله من غيره وهنا يمكن
على ما ذكرنا وفرق اخر ان من لا يقدر على الوطي في سنه مع
اشتمالها على الفصول الاربعة فالظاهر منه دوام العجز بخلاف
العجز ثلثه ايام عن النفقه والجواب عن نفقه العبد ان
شبعه يصل الى بدله وهو ثمنه ويفوت هنا لا الى بدل وفرق
اخر وهو ان نفقه العبد الى ان يحصل لسيده بيعه لا يثبت في
ذمة السيد ونفقة الزوجه يثبت في ذمته الزوج ويستوفى
منه اذا ايسر وقاسوا على المبيع اذا عسر عن ثمنه وهو ممنوع عندنا
مع ان البضع بعد الدخول مستهلك ولا فسخ في المبيع بعد استهلاكه
وقياسهم على المبيع باطل والبيع مخالف للنكاح من وجوه لان النكاح
يصح بدون ذكر المهر والبيع لا يصح ويجري الاقاله في البيع دون
النكاح ويجوز خيار الشرط في البيع دون النكاح ويرد المبيع بجميع
العيوب دون الزوجه والبيع يفسد بالشروط الفاسده دون
النكاح وصار كالعجز عن نفقه الموسر والادام ونفقه الخادم والنفقه
الماضيه ونفقه الغد والعجب ان الشافعيه قالوا اذا كان
المد لا يشبعها تخير الزوج بين ان يتم لها شبعها وبين ان يمكنها من
اكتساب القدر الذي يتم به شبعها ولا يفسخ فان عجز عن عشر المد
فسخ ولا يكلف الاكتساب وان حصلت الكفايه بتسعه اعشار
المد وبعد هذا عن الفقه غير خاف ولو كان يجد الغدا في اول النهار

ولا نجد العشا في آخر فلها الخيار في فسخه في احد الوجهين ذكره الماوردي قلت واجماع المسلمين على ترك العمل به ولان المال غاد ورائح يذهب في ساعة ويعود في اخرى ودوام العجز بعيد اذ لا دليل عليه لا سيما عن مد بر او شعير او ذرة فالعجز عنه نادر جدا فلا يشرع بفواته فسخ النكاح وبعجزه عن مد الغد لا ينفسخ بالاجماع لعدم وجوبه قبل مجيه ذكره في الحاوي وقاسوا ايضا على المكاتب اذا عجز عن نجم بعد حلوله فان للمولى فسخ الكتابة والفرق ان الكتابة ملحقة بالبيع ولهذا لا تفسد بالشروط الفاسدة في صلب العقد ولان صحة الكتابة على خلاف الاصل لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاذا عجز رجع الى اصله بخلاف النكاح ولان بدل الكتابة بمقابلة العقد وما وجب الا به وما وجب بالعقد جاز ان ينفسخ بالعجز عنه كما قلتم في الثمن والنفقة لم تجب بالعقد على ما تقدم تقريره واذا كانت الكتابة ملحقة بالمعاوضة المالية كان المال مقصودا فيها فجاز ان يثبت الفسخ بفواته ولهذا لو تعيب المبيع في يد المشتري يرجع بالنقصان بخلاف النكاح فان المقصود فيه الصحبة والتوالد دون المال ولهذا لا يفسخ الزوج النكاح بالعيب ولا يرجع بنقصانه وقياسهم على الجب باطل لانه لا يزول ابدا والعسرة تزول ولان النفقة تستوفى في ثاني الحال وما يفوتها بالجب لا يستوفى فافترقا ولان حق الزوج بالفسخ يبطل اصلا وحقها بتركه يتأخر ولا يبطل فالعمل بالتاخير اولى من العمل بالابطال لانه اقل ضررا وفايدة الامر بالاستدانة مع الفرض

ان يمكنها احالة غرمها على الزوج بخلاف الاستدانة بغير امر القاضي حيث لا تتوجه مطالبة الغريم على الزوج وفايدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضا وحده على ما ياتي بعده وفي البدايع لها ان تحيل غريمها على الزوج اذا كانت بامر القاضي اي بغير رضاه قوله واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر وكذا لو صالحته على ذلك اعتبارا بحالة فيهما وليس قضا القاضي بتقرير لازم في المستقبل لعدم وجوبها قبل مجي وقتها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها فلا شي لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت زوجها على مقدار منها فيقضي لها بنفقة ما مضى عندنا وهو رواية عن ابن حنبل وقال الشافعي ومالك لا تسقط وتصير دينا في ذمته الا ان مالكا قال لو اقامت معه سنين وهو ملي فادعت انه لم ينفق عليها والزوج يدعي الانفاق فالقول قوله مع يمينه وكذا في غيبته ان قال كنت ابعث اليها بنفقتها مع يمينه الا ان يكون الزوجة رفعت ذلك الى السلطان واستعدت عليه في غيبته الا ان ياتي بالمخرج ولم يجعلها كساير الديون ذكره في المدونة ولو اكلت معه سقطت نفقتها ولا يكلفها ذلك ذكره في الجواهر وكذا عند الشافعي في الاصح ذكره في المنهاج وقد تقدم وفي المغني ونفقة الخادم والادام والمسكن تصير دينا وقال القاضي من الحنابلة لا تصير دينا لانها من الزوايد كالزايد على الواجب قلنا قد نصت الايمة الثلثة ان النفقة

في مقابلة التمكين والتمكين واجب عليها فلا يجوز اخذ الاجر عن الواجب
كدفع الظلم فكان فيها معنى الصله والصلات تسقط بمضي الزمان
كنفقة الاقارب والآبا والاولاد ولا يجوز ان يكون عوضا عن
الاستمتاع لانه مستمتع بملكه كمن يسكن دار نفسه لا يجب
عليه اجر والدليل على ان فيها معنى الصله من وجه انها
محتبسه لصيانه كل واحد منهما عن الزنا وهذا حق الشرع
ولحصول الولد الذي يتوجه اليه التكليف باقامة الطاعات من
الصلاه والصيام والزكاه والحج وغيرها وذلك كله حق الشرع
فبالنظر الى ذلك لا يصير دينا في ذمته فكان وجوبها بطريق الصله
على هذا الوجه ويويد هذا ان احدا من السلف والخلف لم يوص
عند موته بنفقة زوجته فيما اذا مضت مده يسيره او مديده
ولم ينفق عليها باخراج نفقتها من تركته كساير الديون التي عليه
ولا طالب الزوج ورثتها بها بعد موتها وقد نبه على هذا الشيخ
عز الدين بن عبد السلام في قواعده وذكرناه قبل هذا مستوفى
وفي هذا كفايه وقد تغالوا في هذا واوجبوا على الزوج نفقة ستين
سنه او اكثر اذا انكرت انفاقه عليها وجعلوها كساير الديون
وبعد هذا لا يخفى وجماعه من اصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم
ويحلمون في التقدير في كل وقت وزمان اشد اختلاف وفي
الحواشي ولان النفقه لم تجب بدلا عنه جمله كالمبدل ولانها
مجهوله الجمله فلا يجوز ايجابها بدلا عنه كما لو تزوجها على نفقة مقدره
في كل يوم ما دام النكاح بينهما ولا عن التمكين او الاستمتاع لما بينا

١٢٥

فعرفنا ان طريقها طريق الصله ولان النفقه لها شبه الصله والعوض
لان المنفعه مشتركه بينهما فبالنسبة الى منفعة الزوج يكون عوضا
وبالنسبة الى منفعتها يكون صله فعملنا بالشبهين وترجح جهه
العوض بالقضا المؤكد للوجوب او بالتراضي لان الزوج ولايته على نفسه
فوق ولاية القاضي بدليل انه يملك الزياده على الواجب عليه
والتبرع والقاضي لا يملك ذلك فصارت كالهبة والبيع
الفاسد فان ذلك لا يفيد الملك الا بالقبض القوي بخلاف
المهر فانه عوض محض فلا يفتقر الى موكد وفي الذخيره
نفقة ما دون الشهر لا تسقط واذا مات الزوج بعد ما
قضي عليه بالنفقه ومضت شهور سقطت النفقه وكذا اذا
ماتت الزوجه لما فيه من معنى الصله كالهبة تبطل بالموت
قبل القبض وكالدية المقضي بها على العاقله وكالجزيه ذكرهما
الناصحي في ادب القاضي وقد ذكرنا خلاف الشافعي وغيره قبل
هذا فلا نعيده وفي المنهاج لا تسقط بمضي الزمان على
المذهب وان اسلفها نفقة سنة ثم مات قبل مضي السنة
لم يسترجع منها شي عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال
محمد والشافعي وابن حنبل يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي يسترده
ورثة الزوج وقيل هذا لو ماتت هي والكسوة كالنفقه وفي
البدايع سوا كانت النفقه قايمه او هالكه او مستهلكه
عندهما وقال محمد يرد الباقي في القايم والمستهلك وفي الهالك
لا يرد بالاتفاق وفي الينابيع المستهلك كالقايم وفي الكتاب

الزم محمد بالهلاك من غير استهلاك ومثله في ادب القاضي والذخيره
وفيه الموت والطلاق سوا قبل الدخول وفي نفقه المطلقه اذا مات
الزوج فالجواب كذلك وفي شرح الاقضيه اختلفوا فمنهم من
قال لا تسترد وفرقوا لمحمد بان العده قايمه في موته وفي اكثر الكتب
لم يذكر قول ابي حنيفه وانما حكوا الخلاف بين محمد وابي يوسف
على قوله الاخر وهو استحسان وفي الاستهلاك يضمن عند محمد
وابي يوسف على قوله الاول وروى ابن رستم عن محمد انها لا ترد
في نفقة الشهر فما دونه وفي الاكثر ترد فلاجل هذا وضعها في
السنه حتى يكون فيه خلاف عن محمد وفي المدونه لو دفع
اليها نفقه سنه او كسوة سنة ثم مات احدهما بعد يوم او شهر
او شهرين يرد بقيه النفقه واستحسن مالك في الكسوه ان لا يرد
والفرق تحكم وهو احد الوجهين عند الحنابله ولا يرد نفقه اليوم
لو مات في اوله ذكره في المغني وكذا لو بانت بموت او طلاق او
اسلام او فسخ او رده اعتبروه بالاجر ولنا ان فيها معنى
الصله فاشبه صدقه الفطر ولهذا تسقط بموت احدهما عندنا
وهو حجه على محمد وكذا لو طلقها قبل مضي المده عندهما وعند محمد
ترد ما فضل من نفقة العده وفي الذخيره نفقه العده تسقط
بمضي مدتها كنفقه النكاح فان فرض لها النفقه فلم تقبضها حتى
انقضت عدتها لم يذكره وهل يقاس على الموت حتى تسقط قال
الحلواني فيه كلام والقول قولها في انقضا العده مع يمينها اذا
كانت من ذوات الحيض وان ادعت حبلا ينفق عليها الى سنتين فان

مالت بعد السنتين كنت اعتقد الحبل فالان ظهر انه كان ريحا وانا
حايل لم احض فقال المطلق قد ادعيت الحبل وظهر كذبك فليس لك
عندي نفقه فالقاضي لا يلتفت الى قوله ويامره بالانفاق عليها
حتى تحيض ثلث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد بثلثة
اشهر وان كانت صغيره يجامع مثلها ينفق عليها ثلثة اشهر
وقال ابو علي النسفي ان كانت مراهقه فان الشيخ الامام
ابا بكر محمد بن الفضل كان يقول لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف
حالها لاحتمال الحبل فينبغي ان تدر عليها النفقه حتى يظهر فراغ
رحمها وقوله واذا تزوج العبد حره باذن مولاه فنفقتها دين
عليه يباع فيها وللمولى ان يفدي الى اول الفصل وقد ذكرنا ذلك
وما فيه من الخلاف قبل هذا فلا نعيده فروع ذكرها
في الذخيره والينابيع وغيرها ولو فرضت كسوتها وكانت
تلبس يوما دون يوم تفرض لها كسوه اخرى وكذا النفقه وان لبست
لبسا معتادا ولم يتخرق لم تجدد لها ولو ضاعت الكسوه والنفقه
او سرقت لم تجدد غيرهما حتى تمضي الفصل بخلاف المحارم والفرق
ان نفقه المحارم مقدره بالحاجه بخلاف الزوجه ولهذا لا تفرض
للمحارم مع غنايه بخلاف الزوجه واستدل على ذلك بقصه
هند بنت عتبه فانها كانت صاحبة اموال وفي المغني على
الزوج دفع كسوتها اليها في كل عام مره فان بليت الكسوه في الوقت
الذي يبلى مثلها فيه لزمته اخرى ولو باعت كسوتها بعد قبضها
او تصدقت بها وكان ذلك يضر بها ويخل بتجملها لم تملك ذلك فلما

تصرفها في ملكها جايز بكل حال وفي الحاوي لو باعت كسوتها
قبضها صح البيع وملكت الثمن وقال ابن الحداد المصري لا
يجوز بيعها ولا الاستبدال بها وهو فاسد لان الكسوه لا تخلو
اما ان تكون في ملكها او في ملك الزوج لا جايز ان تكون في ملك
الزوج فانه لا يجوز له استرجاعها فثبت انها ملك الزوجه
فجاز لها التصرف فيما ملكت وفي ادب القاضي للخصاف
لو قالت تضيق علي النفقه امره القاضي بالانفاق ولا يتولى الانفاق
عليها الا ان يظهر له ظلمه فيفرض عليه في كل شهر ويامره ان يعطيها
لتنفق على نفسها فاذا لم يعطها وقدمته مرارا ولم ينجع فيه وعظه
حبسه فان كان صاحب مايده وطلبت الفرض لا يفعل لان من ينفق
على من لا يجب عليه نفقته لا يمتنع عن النفقه الواجبه عليه
ظاهرا فان تحققت الحاجه الى الفرض فرض كما تقدم وفي خزانه
الاكمل قول القاضي استدني عليه كل شهر كذا فرض عليه ولو قال
ذلك زوجها لا يصير فرضا الا ان يقول علي وفي الذخيره
لو امرها القاضي بالاستدانه عليه لا يسقط بالموت ولا بالطلاق
كاستدانه الزوج هو الصحيح وكذا بالنشوز على اصح الروايتين
والنفقه تصير دينا على قول ابي حنيفه الاول كقول الشافعي ولو
طلقها يسقط ما اجتمع عليه من النفقات بعد فرض القاضي هكذا
حكي عن القاضي ابي علي النسفي قال وجدنا الروايه في كتاب الطلاق
وبه افتى الصدر الشهيد وظهير الدين المرغيناني لزوال الوصله التي
بها كانت تستحق النفقه وفي ادب القاضي للخصاف لو فرض

القاضي النفقه عليه وامرها بالاستدانه عليه صارت دينا
عليه قال الحاكم في المختصر يحتمل ان يكون امره بالاستدانه
بعد القضا بالنفقه لان يرجع بها بعد موت الزوج في ماله لو كانت
قد استدانت قبل موته عليه بخلاف القضا من غير امر بالاستدانه
وكذا لو فرض الزوج على نفسه النفقه بالتراضي ثم غاب عنها فانفقت
على نفسها من مالها او بدين او غيره فانها ترجع عليه بنفقه ما مضى
ما دام حيا والاحتمال الذي ذكره الحاكم قد نص عليه في الذخيره
وقال يرجع بها بعد موته في الصحيح كما ذكرنا قبل هذا وفي الخزانه
قدرها بالدراهم على المعسر اربعه دراهم او خمسه دراهم ولخادمها
ثلثه دراهم او اقل او اكثر قلت وفي روايه الحسن عن
ابي حنيفه لا يجب نفقه الخادم على المعسر وهو الاصح والمذكور
عن محمد وعلى الموسر ثمانيه دراهم او تسعه دراهم في الشهر ولخادمها
ثلثه دراهم او اربعه دراهم وان كان الرجل من اهل الغنى المشهور به
فلامراته خمسه عشر درهما في كل شهر ولخادمها خمسه وهذا كان في
الزمن الاول وهو متروك اليوم باجماع ارباب المذاهب والعرف
على خلافه وفي الذخيره اذا فرض نفقه شهر ولم يدفعها اليها
فارادت ان تطلبها في كل يوم انما تطلبها عند المسا لان حصه كل
يوم معلومه وما دونه ساعات لا تعلم وان فرض لها النفقه
في كل يوم فقياسه ان يدفعها اليها في اول كل يوم كالشهر وبه قالت
الايمه الثلثه وقول محمد يفرض النفقه شهرا فشهرا قال السرخسي
ذلك غير لازم وقد تقدم وقال الشهيد في النفقات لو صالحته

وفي النفقات ذكرها وانشا على حصر ولم يكتف بفراش واحدهم
لانه قد تعترها في الحيض والمرض وقد جا فراش لك وفراش
لاهلك وفراش لضيفك والرابع للشيطان ٥

على شي معلوم ثم رافعته الى القاضي وقالت ما يكفيني ذلك يزادها ولو فرض لها القاضي نفقه والسعر رخيص ثم غلا يزيد في الفرض لان ذلك تقدير لنفقه لم يجب بعد وفي الذخيره والحواشي ويقال بعد فرض القاضي استديني عليه وفي ساير الديون لم يومر بالاستدانه على المدين والفرق من وجهين احدهما انها لو لم تومر بالاستدانه على الزوج ربما مات او ماتت هي فتسقط نفقتها فامرت بالاستدانه حتى لا تسقط بموت احدهما بخلاف ساير الديون فانها لا تسقط بموت احدهما والوجه الثاني ان النفقه لكفايه الحال لا يمكن فيها الانتظار وساير الديون ينتظر به الى الميسره بالنص وذكر محمد الاستدانه على الزوج ولم يذكر تفسيرها وفي ادب القاضي للخصاف ان تفسيرها الشرى بالنسيه لتقضي الثمن من مال الزوج ثم قال بعض مشايخنا فايده الاستدانه بعد الفرض بامر القاضي ان يرجع رب الدين على الزوج بدينه وبدون الامر بالاستدانه ليس له ان يرجع على الزوج ولكن عليها ثم هي ترجع على الزوج وهو دين سوا اكلت من مالها او استدانت او اكلت من الصدقات لان في الاول ثبت الدين في ذمة الزوج بامر من له ولايه الالزام كاستدانه الزوج واذا كانت بغير امره كان الدين في ذمته من جهة المراه ومالها هذه الولايه وذكر في التجريد للقدوري ان فايده الامر بالاستدانه ان تحيل الزوجة غريمها على زوجها وان لم يرض بذلك وبدون الامر يشترط رضاه بالحواله وذكر الحاكم الشهيد في المختصر ان فايدته

بعد فرض القاضي الرجوع بها في تركه الزوج بعد موته وبدون الامر لا يرجع على ما مر وذكرت المسله هنا اكمل مما تقدم وهو فايده اعادتها **فصل** قوله وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفرده ليس له فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك وفي نفقات الشهيد لا يسكنها في بيت واحد مع امه او اخته او ذات رحم محرم منه اذا كرهت ذلك فان كان في دار بيوت فافرد لها بيتا على حده يغلق عليه باب ويفتح فليس لها غيره وفي جوامع الفقه لها ان يطلب مسكنا على حده عن الحم والحمه دون جاريته وفي المحيط قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حده ليس لها ذلك في قول ابي حنيفه وابي يوسف وقول محمد اخرا وفي مال الفتاوى ليس للزوج ان يسكن امراته وامته في بيت واحد فان اسكن امراته في بيت من دار وامته في بيت اخر فليس لها غير ذلك ووجوب مسكن الزوجه على الزوج يجمع عليه بملك او اجاره او اعاره قال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم الايه فاذا اوجب السكنى للمطلقه فالزوجة اولى بالوجوب وانما يلزم بافراد المسكن لها لوجوه ثلثه احدها ان سكناها مع اهله تخل بمعاشرتها معه والاستمتاع به والوجه الثاني يقع به بينها وبينهم منا كره ومشاجره وخصام غالبا والوجه الثالث لا تامن معه على متاعها ويشكل على الاوجه الثلثه سكناها مع امته على المشهور فانه يكره له مجامعتها بحضره امته والخوف

على قماشها موجود وكذا المناكرة واجيب بان الامة بمنزلة
متاعه في بيته وهو جواب ضعيف لانها لو كانت بمنزلة المتاع
ينبغي ان يباح جماعها بحضرتها والجواب الصحيح انه يحتاج
الى استخدامها في كل ساعة فكان فيها ضرورة وفي الخزانة
معها عشر من الخدم يحل له وطيهن وتصح الخلوة معهن وكذا
مع ضرتها ومع حرمه وطيها لا يصح الخلوة وان كان له ولد من
غيرها فليس له ان يسكنه معها الا برضاها لما بينا قلت
اذا كان صغيرا جدا لا يفهم الجماع لا ينبغي ان يمنع وله ان يمنع والديها
وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه رقبة
او منفعة فله حق المنع من ذلك وليس له منعهم من النظر اليها وكلامها
في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وقاطعه ملعون والعوارض
مستثناه من حقوق الزوجيه وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
وانما يمنعهم من القرار والكينونة في منزله لان التعليم والفتنه في
ذلك وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من
الدخول عليها في كل جمعه مرة وعليه الفتوى وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة هو الصحيح وفي نفقات الشهيد ان قال
لا ادع والديك ولا احدا يدخل منزلي فله ذلك ذكره الخصاف
هنا وفي ادب القاضي وكذا له ان يمنعها من الخروج الى بيت ابويها
ولا يمنعهما من النظر اليها وتعاهدها والكلام معها فيقومان
على باب الدار والمراه داخله وكذا كل ذي رحم محرم ويمنع غير ذي الرحم
المحرم من النظر اليها ولو كان لها ولد من غيره لا يمنعه من النظر اليها

وعن ابي يوسف انه لا يمنع الابوين من الدخول للزيارة في الشهر
مرتين وانما يمنعهم من الكينونة وفي فتاوى ابي الليث عن ابي بكر الاسكاف
لا يمنع الابوين من الدخول في كل جمعه مرة لانها هي الزيارة المعتاده
بين الناس وعليه الفتوى وفي فتاوى ابي الليث عن ابي بكر الاسكاف
ان للزوج ان يغلق الباب عليها من الزوار غير الابوين وذكر الخصاف
هنا وفي ادب القاضي انه يمنعهم من الدخول عليها ولا يمنعهم من
الزيارة وقال محمد بن مقاتل الرازي لا يمنع المحرم من الزيارة في
كل شهر وقال مشايخ بلخ في كل سنه وعليه الفتوى وعلى هذا
الخلاف خروجها لزيارة عمتها وخالتها وعليه ان يسكنها عند جيران
صالحين فان شكت ضربه لها وعلم القاضي زجره ومنعه من تعديه وان
لم يعلم ولها جيران من اهل الصلاح سالهم فان اخبروا بذلك زجره
ومنعه ولا ينقلها الى غيره لانه مثله او دونه وان قالوا لا يضربها
اقرها في منزلها من غير زجر لانها متعنتة في سؤال النقلة وان لم يكن
في جيرانه من يوثق به او كانوا يميلون معه نقلها واسكنها بين قوم صالحين
والناس اليوم يقولون بين حرتين نقيتين وفي جوامع الفقه
يمنعها من المحارم الا الابوين كل شهر او شهرين ولا يمنعها عن عيادتهما
وتعاهدهما اذا مرضا وفي رواية الحسن لا يمنعها عن زيارة الاقارب
في كل شهرين او ثلاثة ولا يمنع محارمها من دخولهم عليها في كل جمعه
ويمنعهم من الكينونة قوله واذا غاب الرجل وله
مال في يد رجل يعترف به وبالزوجيه فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم

القاضي ذلك ولم يعترف به وفي الذخيره او كان له مال في بيته
والقاضي يعلم بالنكاح بينهما فرض لها القاضي النفقه في ذلك
المال لانه ايفا واعانه لها من القاضي وليس بقضا عليه بالبينه
والنفقه واجبه عليه قبل القضاء الا ترى ان من اقر بمال او
دين ثم غاب وله مال من جنس المال المقر به سلم اليه لكن القاضي
يحلفها بالله انها ما قبضت نفقتها ولم تحل بها ولا ابراته منها
فاذا حلفت واخذت نفقتها اخذ منها كفيلا وهو حسن
ذكره السرخسي وان لم ياخذ جاز وقال الصدر الشهيد
الصحيح التكفيل نظرا للغايب لجواز ان يقيم بينه اذا حضر انه
كان عجل لها النفقه او ارسل بها اليها او كانت ناشزه او طلقها
وانقضت عدتها فان اقام الزوج بينه بالدفع قبل سفره او انه
ارسلها اليها او كانت ناشزه او كان طلقها وانقضت عدتها فان
اقام الزوج بينه بالدفع قبل سفره او انه ارسلها اليها او كانت
ناشزه او كان طلقها وانقضت عدتها فالزوج بالخيار بينها وبين
كفيلها كما في ساير الديون وان لم يكن له بينه وحلفت فلا شي
عليها ولا على الكفيل قال وان نكلا عن اليمين لزمهما ذلك
ذكر نكولهما ونكول الكفيل غير لازم فان المراه اذا نكلت ثبت
للزوج الخيار لانه بمنزله الاقرار سوا نكل الكفيل او حلف
اذا الاصيل اذا اقر بالمال لزم الكفيل وان جحد الكفيل وان
لم يكن النكاح معلوما عند القاضي لا يقبل بينتها على النكاح عند
علمائنا الثلثه لانه قضا على الغايب وعند زفر يسمع البينه
يسمع

في حق النفقه ولا يقضي بالنكاح وان لم يكن للزوج مال امرها بالاستدانه
عليه فان حضر واقر بالنكاح امر بقضا الدين وان انكر كلفها البينه
فان لم تقدر امرها برد ما اخذت هذا قول ابي حنيفه الاول وهو
قول ابي يوسف ذكره الخصاف في النفقات فيحتمل ان يكون
قوله الاول كما نص عليه في الكافي وعند محمد لا يقضي قولا واحدا
وما يفعله القضاه اليوم قول زفر فكان مجتهدا فيه بين علمائنا
فينفذ وهو ارفق بالناس ثم على قول زفر لا يحتاج المراة ان تقيم بينه
انه لم يترك لها نفقه والدليل عليه ان الخصاف لم يعل على
قول ابي يوسف فاقامت البينه ان الزوج لم يترك لها نفقه فان
احضرت غريما للزوج او مودعا ولم يعلم القاضي بالزوجيه والمال
واتى المودع او المديون عليها لا يبرا ولكن يرجع عليها بما
انفق فان جحدهما او احدهما لا يقضي لها بشي فان اقامت البينه
على الزوجيه والوديعه او الدين لا تقبل لعدم الخصم عن الغايب
اما على المال فلانها تثبت الملك للغايب وهي ليست بخصم
في اثبات ملك الغايب واما على الزوجيه فعدم القبول
قول محمد وهو قول ابي حنيفه الاخر وقول ابي يوسف الاخر واما
على قولهما الاول فيقبل بينتها ويقضي بالنكاح على قول ابي حنيفه
الاول وعلى قول ابي يوسف لا يقضي كما تقدم من قول زفر وذكر
المعدوري قول ابي حنيفه الاول والاخر ولم يتعرض لقول ابي يوسف
ثم اذا امر القاضي المودع بالدفع فدفع ثم حضر الغايب وانكر النكاح
او اقام البينه بتعجيل النفقه لها فان القاضي يضمنها ما اخذت من

النفقه ولا ضمان على المودع الدافع فان اجتمعت الوديعه والدين
فالقاضي يامر بالانفاق من الوديعه دون الدين لانه انظر للغايب
اذ الدين محفوظ وعن ابي حنيفه في القضا على الغايب روايتان ذكر
قوله الاول وهو الجواز في السير الكبير فكان فصلا مجتهدا فيه
فكان للقضا به مجال وان كان مرجوعا عنه لان المجتهد لا يقول
الا عن دليل فاذا قضى بقول مرجوح او مرجوع عنه نفذ لاعتماده
الدليل على ما ياتي في كتاب القضا ان شا الله تعالى ومثله في الكسوه
وفي جوامع الفقه لا يجوز للقاضي ان يفرض والزوج غايب
ولا يامرها بالاستدانه وفي شرح المدونه لابن يونس لا
يفرض على الغايب نفقه زوجته وفي الجواهر قال عبد الملك
يفرض لها في مال الغايب وان كان له ودايع وديون فرض لها في
ذلك وفي الحاوي عن شمس الايمه يفرض لها ان علم نكاحها
لانه مجتهد فيه اذ فيه خلاف زفر ولم يعتد بقول الايمه الثلثه
لان ذلك لا يكون عملا بقول اصحابنا بل يكون خروجا عن اقوالهم
فلا يجوز وان لم يعلم واخبروه بنكاحها فعن ابي يوسف انه
يسمع البينه للفرض ولا يقضي بالنكاح ويقول لها ان كنت
صادقه فقد فرضت لك بكذا من النفقه فان كانت صادقه صح
الفرض والا فلا والقضاه اليوم يعملون بهذا لحاجه الناس اليه
ولا يضمن المودع بالدفع اذا ظهر انها كانت لا تستحقها الا ان
يشهد ان الدافع كان يعلم بالطلاق وانقضا العده وان قال
الدافع كنت اعلم بالزوجيه ولا اعلم طلاقها لا يضمن ويحلف على

انه لم يكن يعلم طلاقها وفي الذخيره هذا اذا كان المال الذي
في بيته او الوديعه دراهم او دنانير او طعاما او ثيابا من جنس
كسوتها وان كان من خلاف جنس نفقتها وكسوتها فليس لها ان
تبيع شيا منها في نفقتها ولا للقاضي اما على قوله فظاهر لانه
لا يرى الحجر على الحر واما على قولهما فانما يبيع القاضي على الممتنع
ولا يبيع على الغايب لانه لا يعرف امتناعه وينفق القاضي عليها
من اجره داره وعبده ودابته وفي جوامع الفقه يصح
الكفاله بالنفقه ولا يجبر عند محمد وعند ابي يوسف يجبر
استحسانا وفي الخزانه قال يصح ولم يذكر خلافا فان اطلق
الضمان فهو على شهر واحد عند محمد وعند ابي يوسف على الابد
ما دام النكاح بينهما فان ضمن كل شهر فهو على شهر واحد وكذا عند
كل شهر فان رجع بعد مضي الشهر لم يلزمه في الشهر الثاني شي وقال
ابو يوسف يلزمه ابدا ولا يصح رجوعه بخلاف الاجاره حيث
يجوز لهما فسخها في اول الشهر الثاني كالاجاره المضافه ولو طلقها
يلزم الكفيل نفقه العده لانها نفقه النكاح ولو كفل لها بنفقه
العده لانها نفقه النكاح ولو كفل لها بنفقه كل شهر فابراته صحت
عن نفقه شهر واحد وان كفل بنفقه سنه لزمه في ذلك وكذا
لو قال ابدا او ما عشت وقد ذكرنا اكثر هذه المسايل
فيما تقدم ولو كانت نفقه الشهر الاول في يدها ودخل الشهر
الثاني فلها ان تطلبه بنفقه الثاني بخلاف المحارم وقد عرف قال
في الكتاب فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثه حضور

بالبينه ولم يقولوا لا نعلم له وارثا اخر لا يوجد منهم كفيل عند ابي حنيفه
على ما ياتي ان شا الله تعالى لان هناك المكفول له مجهول او معدوم وهنا
معلوم وهو الزوج قال ولا يقضي بنفقه في مال الغايب
الا لهولا وكذا الجميع قرابه الولاد وجه الفرق ان نفقه
هولا واجبه قبل القضا ولهذا كان لهم ان ياخذوها اذا ظفروا بها
فكان قضا القاضي اعانه لهم لا ايجابا واما غيرهم من المحارم فنفقتهم
انما يجب بالقضا لانه مجتهد فيه والقضا على الغايب لا يجوز وفي
ادب القاضي للخصاف قضا القاضي وامره بالنفقه على الزوجات
والابا والابنا اعانه على استيفا حقوقهم لا ايجاب مبتدا لان سبب
الوجوب سبق القضا والامر وهو النكاح والولاد بخلاف نفقه
الاقارب فان امر القاضي بالانفاق وقضاه ابتدا ايجاب لانه مختلف
فيه فلا يثبت الا بالقضا والقضا على الغايب لا يجوز قلت
هذا الكلام فيه نظر وليس ابتدا ايجاب لنفقه لم يجب بالشرع لان
القاضي ليس له ايجاب ما لا يكون قد اوجبه الشرع لانه يكون قد
شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله وسلم وانما وجبت نفقتهم
بالاحاديث على ما يذكر وانما يجب نفقتهم بالقضا على معنى ترجيح
الموجب على النافي بالقضا مع وجود سبب الوجوب قبله وهو
صله الرحم ونظيره القضا بالرجوع في الهبه من الاجنبي هو شرط
لزوم الرجوع فيها وليس معناه انه ينشي حكما لم يكن وجد سببه
بل السبب موجود قبله وفي الرجوع خلاف يرجح صحه رجوعه
على مذهبه وتعينه على حقه وكذا الرد بالعيب بالقضا فان الواهب

والبايع يردان بالعيب على بايعهما ولو كان ذلك ابتدا ايجاب من
القاضي لم يكن لهما ذلك وفي الحواشي قوله انما يجب نفقتهم
بالقضا يعني ان وجوب الادا يفتقر الى القضا عند المنازعه
فالحاصل المختلف فيه يتقوى جهه وجوب الادا بالقضا والقضا
لا يتوجه على الغايب وما كان متفقا عليه فهو ثابت قبل القضا
ولصاحب الحق ان ياخذه من غير قضا اذا كان من
جنس حقه والقضا انما هو اعانه له لا اثبات حق لم يكن ويرد
على تعليل الاصحاب بالاختلاف والاتفاق في ايجاب نفقه
الولاد انها متفق عليها وليس كذلك فان عند مالك لا يجبر الا على
نفقه الاب دون الجد والابن دون ابنه ثم قال وفي هذه
المسله اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها وقد ذكرناها لكن
لم نذكر اقاويل كما انه لم يذكرها لان الاقاويل جمع الاقوال
واقلها تسعة اقوال وليس في المسله ذلك كله وقال
الاصحاب ايضا ان نفقه المبتوته في العده لا يجب ابتدا بل هي
نفقه النكاح تبقى على ما كان حال قيام النكاح والقاضي يقضي
بها لانها نفقه النكاح فالمسله مختلف فيها وقد تقدم ان
في المختلف فيه يكون القضا ابتدا ايجاب فكيف يقولون
تبقى على ما كان فبطل تعليلهم بالاختلاف ايضا ولا يجوز ان
يكون النفقه الواجبه في العده هي نفقه النكاح لوجوه احدها
انها تسقط بمضي المده من غير فرض فكيف يكون هي نفقه النكاح
وقد سقطت والثاني ان الانتفاع بها يفوت بالملك فلا

يبقى ما كان بعد زوال سببه والثالث لو ارتدت في العدة
ولم تخرج من منزله تجب ولا تجب نفقة النكاح والرابع لو
قبلت ابن زوجها في العدة لا تسقط نفقتها وتسقط نفقة
النكاح وفي التحفة كان ابو حنيفة رضي الله عنه يقول اولا
يقضى لها على زوجها الغايب بالنفقة واحد يقول ابرهيم النخعي
ثم رجع الى قول شريح انه لا يقضى على الغايب وهو الصحيح وفي
قول ابي يوسف الاول يقضي في حق النفقة ولا يقضى بالنكاح
ثم رجع الى انه لا يقضى كقول محمد وابي حنيفة في قوله الثاني
وقد ذكرنا المسلة قبل هذا **فصل** قوله
واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا
كان الطلاق او باينا اما في الرجعي فاجماع وكذا في الباين اذا كانت
حاملا الا عند الظاهرية فانها لا سكنى لها ولا نفقة كانت
حاملا او حايلا وقال عثمان البتي لها النفقة والسكنى ان
كانت حايلا وهو موسر وان كان معسرا فلا شي لها وان لم تكن
حاملا فكذلك عندنا وهو قول عمر بن الخطاب وعبد الله بن
مسعود وعايشة واسامة ويروى عن زيد بن ثابت ايضا
ومروان بن الحكم ومثله عن جابر لكن عنه وعن زيد بن ثابت غير
مشهور وبه قال ابن المسيب وشريح القاضي والاسود بن يزيد
والشعبي والثوري والحسن بن حي ذكر ذلك ابن حزم في المحلى
وهو رواية عن ابن حنبل ذكرها في المغني وعليه اصحاب ابن مسعود
والقول الثاني لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول ابن عباس وجابر

وبه يقول عطا وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمة وداود والمشهور
عن ابن حنبل والقول الثالث لها السكنى دون النفقة
وبه قال مالك والشافعي وجماعة والاصل في نفي نفقة المبتوتة
وسكناها حديث ابي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس ان
ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غايب فارسل وكيله بشعير
فتسخطته فقال والله ما لك علينا من شي فجاءت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة
وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امراة يغشاها
اصحابي اعتدي في بيت ابن ام مكتوم فانه رجل تضعين ثيابك اعمى
واذا حللت فاذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معوية بن
ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معوية فصعلوك لا
مال له انكحي اسامة بن زيد فكرهته ثم قال انكحي اسامة بن زيد
فنكحته فجعل الله لي فيه خيرا واغتبطت اخرجه مسلم وابو داود
والنساي وقالت شرفني الله بابن زيد وكرمني الله بابن زيد
كلها عند مسلم وعنها ان ابا حفص بن المغيرة طلقها ثلثا وساق
الحديث وان خالد بن الوليد ونفرا من بني مخزوم اتوا النبي عليه
السلام فقالوا يا نبي الله ان ابا حفص بن المغيرة طلق المغيرة ثلثا
وانه ترك لها نفقة يسيرة فقال عليه السلام لا نفقة لها وفي
رواية فقال عليه السلام ليس لها نفقة ولا سكنى وقال فيه
وارسل اليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا تسبقيني بنفسك

وفي رواية ولا تفوتيني بنفسك وعن الشعبي عن فاطمه بنت
قيس وهي اخت الضحاك بن قيس ان زوجها طلقها فلم يجعل لها
النبي عليه السلام نفقه ولا سكنى رواه مسلم وابو داود
والترمذي والنسائي وابن ماجه مختصرا ومطولا وعن ابي سلمه
عن فاطمه بنت قيس انها اخبرته انها كانت عند ابي حفص بن
المغيره طلقها اخر ثلث تطليقات فزعمت انها جاءت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاستفتته في خروجها من بيتها فامرها
ان تنتقل الى ابن ام مكتوم الاعمى فابى مروان ان يصدق حديث
فاطمه في خروج المطلقه من بيتها اخرجه مسلم وابو داود
والنسائي عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال ارسل
مروان الى فاطمه فسألها فاخبرته انها كانت عند ابي حفص
وكان النبي عليه السلام امر علي بن ابي طالب يعني على بعض اليمن
فخرج معه زوجها فبعث اليها بتطليقه كانت بقيت لها وامر
عياش بن ابي ربيعه والحرث بن هشام ان ينفقا عليها فقالا
والله ما لها نفقه الا ان تكون حاملا فاتت النبي عليه السلام
فقال لا نفقه لك الا ان تكوني حاملا فاستاذنته في الانتقال
فاذن لها فقالت اين انتقل يا رسول الله فقال عند ابن ام مكتوم
فلم تزل هناك حتى مضت عدتها فرجع قبيصة الى مروان فاخبره
بذلك فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراه فسنأخذ
بالعصمه التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمه حين بلغها ذلك
بيني وبينكم كتاب الله قال الله فطلقوهن لعدتهن الى قوله لا تدري

لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت اي امر يحدث بعد الثلث
اخرجه مسلم وابو داود والنسائي وذكر ابو مسعود الدمشقي
ان حديث عبيد الله هذا مرسل لانه لم يسمع من قبيصه ولا من
مروان وما ندري ممن سمع ذكره ابن حزم وام شريك اسمها
غزية بضم الغين المعجمه بالتصغير واسم ابن ام مكتوم عمرو ويقال
عبد الله والاول اكثر وام مكتوم اسمها عاتكه وابو جهم بن حذيفه
القرشي العدوي اسمه عامر وقيل عبيد ومعنى فلا يضع عصاه انه
كان كثير الضرب للنسا وقيل كنايه عن كثرة الاسفار وقيل كان
كثير الوطئ والصحيح الاول وقد جاء في صحيح مسلم قال واما ابو جهم
فرجل ضراب للنساء وقبيصة بن ذؤيب قيل ولد في اول سنه
الهجره وقيل عام الفتح وابوه ذؤيب بن حلحله وقيل ذؤيب بن
حبيب له صحبه ورواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابو عمرو بن حفص زوج فاطمه بنت قيس قال المنذري
اسمه احمد وقال الاشهر في اسمه عبد الحميد وقيل اسمه كنيته
وعلى الاول ليس في الصحابه من اسمه احمد سواه وذكر الحافظ
ابو جعفر لهم حديثا اخر وفيه مغيره وحصين واشعث
واسمعيل بن ابي خالد وداود ومجالد عن الشعبي قال دخلت
على فاطمه بنت قيس بالمدينه فسالتها عن قضاء رسول الله صلى الله
عليه وسلم عليها فقالت طلقني زوجي البته فخاصمته الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم في السكنى والنفقه فلم يجعل
لي سكنى ولا نفقه وامرني ان اعتد في بيت ابن ام مكتوم وقال

ثم للذي حدثه يا بنت قيس انما النفقة والسكنى على من كانت
له الرجعه وقال صاحب المغني ورواه الحميدي والاثرم ولان
النفقه عندهم بازا التمكين ولا تمكين هنا لانها اجنبيه ولنا
قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا ندع كتاب الله وسنة نبينا
لقول امراة لا ندري احفظت ام نسيت المطلقه ثلثا لها النفقه
والسكنى رواه الحافظ ابو جعفر الطحاوي والدارقطني ولم يقل
عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن حرب بن ابي العاليه
عن ابن الزبير عن جابر عن النبي عليه السلام المطلقه ثلثا لها النفقه
والسكنى ذكره عبد الحق وقال تكلم فيه يحيى ووثقه عبيد الله
ابن عمر القواريري ولا يقبل الجرح من غير ذكر سببه وروى
الدارقطني بهذا الاسناد حرفا بحرف عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال المتوفى عنها زوجها ليس لها نفقه واحتج
بحرب بن ابي العاليه ولم يذكر من تكلم فيه في سننه وعن ابي اسحق
السبيعي واسمه عمرو بن عبد الله وقال فيه ابن ابي شعيرة
وابو شعيرة جده لانه قال كنت في المسجد الجامع مع الاسود بن
يزيد فقال اتت فاطمه بنت قيس عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقال ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امراة لا ندري
احفظت ام لا رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي
اعترض الدارقطني فقال فيه من غير ذكر سنة نبينا وهو
اصح من الاول لانه لا يثبت ويحيى بن ادم احفظ واثبت من
ابي احمد الزبيري وقد تابعه قبيصة بن عقبة قلت كلامه

متناقض لان قوله اصح اعتراف منه بصحة الاول وقوله لا يثبت
مناف لصحته ولانه لا يلزم من كونه احفظ واثبت لو سلم ترك
الزيادة التي زاده ابو احمد مع انه في صحيح مسلم من طرق وسنن
ابي داود والترمذي والنسائي ورد عليه المنذري وحكم بصحة
الزيادة وروايه يحيى لا تنافي روايه ابي احمد فان يحيى روى بعضه
وابو احمد كمله والزيادة من العدل مقبوله وفي المحلى عن ابرهيم
النخعي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقه قال ابن حزم
وهذا مرسل لانه لم يدرك عمر وولد بعده بسنتين ولم يذكر فيه
قادحا سوى الارسال والمرسل حجة عند الايمه الثلثه وهذا
المرسل حجة عند الشافعي ايضا لانه عمل به بعض الصحابه على
اصله الذي ذكرناه قبل هذا غير مره وقول عمر لا ندع كتاب
ربنا هو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
ياتين بفاحشه مبينه ثم قال اسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم وفي مصحف ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم قال
الصفاقسي الوُجد بالضم السعه وقرا الاعرج بفتح الواو
قال قيل هو لحن لان الوُجد بالضم الغنى وبالفتح الحزن والحب
والعطف فامر الله سبحانه بامساكهن في البيوت لصيانة الماء
وحفظ النسب ونهاهم في الايه عن اخراجهن حتى ينقضي عدتهن
ونهاهن عن الخروج وفاطمه لم يجعل رسول الله لها سكنى فقولها
مخالف لكتاب الله ثم ان الله سبحانه اوجب على الازواج النفقه حيث

اوجب عليهم السكنى وقولها ولا نفقه مخالف لكتاب الله من جهة
الاستنباط واما مخالفه السنة فقد ذكرناها وقال الحافظ
ابو جعفر الطحاوي والشيخ ابو بكر الرازي وما احتج به عمر رضى الله
عنه في دفع حديث فاطمه وفي ايجاب النفقه والسكنى للمطلقات
رجعيا كان الطلاق او باينا حجه صحيحه وذلك ان الله سبحانه
قال يا ايها النبي الى اخر ما ذكرنا من الايات فكانت المراه اذا طلقها
زوجها واحده او ثنتين للسنة على ما امر الله تعالى ثم طلقها
اخرى للسنة كما امر حرمت عليه ووجبت عليها التي جعل الله
لها فيها السكنى ونهاها عن الخروج فيها ونهى الزوج عن اخراجها
فيها ولم تفرق بين المطلقه للسنة التي لا رجعه عليها فيها وبين
المطلقه للسنه التي عليها الرجعه فلما جاءت فاطمه وروت التفرقه
بينهما خلاف ما روى عمر وجا الكتاب بخلافه صح احتجاج عمر وبطل
حديث فاطمه فلم يجب العمل به وسنذكر تمام هذا في الاجوبه ولان
النفقه جزا الاحتباس على ما تقدم والاحتباس قايم في العدة من
النكاح بحق مقصود لصيانة ولده من اشتباه نسبه ولهذا كان
لها السكنى عند مالك والشافعي وصارت كالحامل بالاجماع ولا
التفات الى الظاهريه في النفي واما قوله تعالى وان كن اولات
حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فلا يدل على انهن اذا كن حوايل لا
ينفق عليهن لوجوه ثلثه احدها الاجماع على انها لا تخرج الحايل
بالطلاق الرجعي فانه ينفق عليها وان لم يكن من اولات الاحمال فكذا
بالباين والوجه الثاني ان الحمل قد يطول فاراد اعلامنا بوجوب

النفقه وان طالت مدة الحمل والوجه الثالث انما جا النص
على نفقه الحامل لشدة العناية بها لاجل حملها والوجه الرابع
تخصيص الشي بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على المختار في اصول الفقه
ولنا في ابطال روايه فاطمه بنت قيس مسالك المسلك
الاول رد كبار الصحابه لحديثها مثل عمر بن الخطاب وعبد الله
ابن مسعود واسامة بن زيد وزيد بن ثابت وعايشه ومروان
ابن الحكم ويروى عن جابر وقد تقدم انكارهم وخلق كثير بعدهم
وقال ابو سلمه انكر الناس عليها وفي صحيح مسلم لما حدث
الشعبي عنها بهذا الحديث اخذ الاسود بن يزيد كفا من حصا
وحصب الشعبي به وقال ويلك اتحدث بمثل هذا وانكره
اكثر اصحاب ابن مسعود وقال الشيخ ابو بكر الرازي من
شروط قبول اخبار الاحاد تعريها من نكير السلف والمسلك
الثاني الاضطراب وفي الاكمال للقاضي عياض جا طلقها وجا طلقها
البته وهي طلقه رجعيه عند الشافعي وجا طلقها ثلثا ثم انطلق
الى اليمن وجا ارسل بتطليقه كانت بقيت من طلاقها وجا طلقها
البته وهو غايب وجاءت عنها وفي المقدمات لابن رشد
وامرت فاطمه بنت قيس حين قتل زوجها ان تنتقل الى ابن ام مكتوم
وابن رشد الجد ثقه كبير وما قبله من الاضطراب رواه مسلم
وجماعه غيره وعنها اذن لي ان اعتد في اهلي ولاجل هذه العلل
لم يخرجه البخاري وجا طلقها ابو عمرو بن حفص وجا طلقها ابو حفص
ابن المغيره والاضطراب سبب سقوط الاحتجاج بالحديث

لما عرف في علوم الحديث ذكره ابن الصلاح ونص عليه ابن حزم في
المحلى والمسلك الثالث السبب الذي به سقطت النفقه
والسكنى لها وهو من وجوه احدها انها قالت يا رسول الله
ان زوجي طلقني ثلثا واخاف ان يقتحم علي فامرها رسول الله صلى الله
عليه وسلم فتحولت رواه مسلم في صحيحه والنساي فلم تعتد في
منزله اعترض ابن حزم فقال ليس فيه انه عليه السلام قال
انما آمرك بالتحول من خوف ان يقتحم عليك واذا لم يقل هذا
فلا يحل لمسلم ان يقول انما امرها بالتحول من اجل ذلك
قلت قوله فامرها رسول الله فتحولت جواب لسوالها
فيتقيد به ولا يجعل امره عليه السلام جوابا لشي لم يذكر ويترك
السوال بلا جواب ويدل على انه لاجل خوف الاقتحام المذكور في
سوالها الفا في فامرها فتحولت لانها للتعليل والجزا كما يقول
سرق فقطع زنا فرجم والعله تفيد حصر المعلول فيها وهو جاهل
بصناعه اصول الفقه وانما له الظاهر من الالفاظ دون معرفه
عللها ومداركها ثانيها ما ثبت عن عروه بن الزبير انه قال
لعايشه الم تري فلانه بنت الحكم طلقها زوجها البته فخرجت فقالت
بيس ما صنعت فقال الم تسمعي قول فاطمه بنت قيس فقالت اما انه
لا خير لها في ذلك متفق عليه وكل شي لا خير فيه باطل وهو تكذيب
لها بالكنايه اذ روايه الحق مما يثاب عليه فلا يصح ان يقال فيه لا خير
لروايه ثالثها ان عايشه عابت ذلك اشد العيب وقالت ان
فاطمه كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها فلذلك رخص لها

رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري تعليقا بغير اسناد واسنده
ابو داود وابن ماجه وفي صحيح البخاري عن عايشه رضي الله عنها الا
تتقي الله يعني في قولها لا سكنى لها ولا نفقه ولا يقال مثل هذا الكلام
الا لمن ارتكب محرما او بدعه تخالف الشرع رابعها انها استطالت
على احمايها بلسانها وعلى اهل الزوج فاخرجوها بسبب من جهتها
قال الشيخ ابو بكر الرازي قاله ابن عباس فسقطت نفقتها
وسكناها جميعا قال الله تعالى ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشه
مبينه قال الصفاقسي في شرح البخاري عن ابن عباس الا ان
تفحش على اهل الرجل وتوذيهم قال عكرمه وفي مصحف ابي
الا ان يفحش عليكم وفي المغني ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشه
مبينه وهي ان تطول لسانها على احمايها وتوذيهم بالسب روي
هذا عن ابن عباس وبه قال الاكثر وقال الصفاقسي عن بعضهم
ان كل فاحشه لم يذكر معها مبينه في القران فهي الزنا فان نعتت
بمبينه فهي البذا باللسان وقيل هي الزنا فتخرج لاقامه الحد عليها
قاله ابن مسعود والحسن وقال ابن عمر والضحاك هي خروجها
من بيتها يقال بذات ابذا وفلان بذي اللسان وفي المبسوط
كانت بذيه اللسان على احماء زوجها يقال حم المراه ولا يقال حم
الزوج وقال ابو عبد الله يعني البخاري قد اختلفت الروايه في
هذا الحديث فعايشه وعمر وجماعه من الصحابه انكروه وخالفوه
وخالفوه وقالت عايشه كانت رخصه لعله وقال عمر لا ندع
كتاب الله وسنه نبيه لقول امراه لا ندري حفظت ام نسيت

لها السكنى والنفقه ذكره رزين بن معويه في تجريد الصحاح
وفي المغني انكر احمد هذا القول عن عمر ولكنه قال لا نجيز في
ديننا قول امراه وهذا مجمع على خلافه قلت انكار
عمر في صحيح مسلم وكذا ذكره البخاري عنه في تجريد الصحاح
لرزين بن معويه فلا يلتفت اليه وقوله ولا نجيز في ديننا قول
امراه لا اصل له حاشى عمر ان يقول هذا وانما انكر قولها المخالف
للكتاب والسنه قال ابن حزم هو منقطع لان ابرهيم لم يدرك
عمر ثم انهم اوجبوا لها النفقه والسكنى اذا كانت حاملا وليس
هذا التفصيل في هذا الحديث الذي روته فاطمه ولا في غيره
واوجبوا لها السكنى وهي نصت على عدمها في الصحيح ولم ياخذوا
به ومن القبيح الفاضح ان ياخذ الانسان ببعض الحديث الذي
يوافق مذهبه ويترك باقيه ولا يجوز ان تكون النفقه للحمل لوجوه
احدها انها لو كانت له لوجبت في ماله لا في مال المطلق
وثانيها ان نفقه الحمل لعمود النسب وهي تسقط بمضي الزمان
وهذه النفقه لا تسقط عندهم فبطلت دعواهم انها للحمل وثالثها
انها لو كانت له لوجب ان يوخذ بها الجد عند اعسار الاب ونص
الشافعي في الاملاء انها للحمل لا للحامل ورابعها لو بت طلاق
زوجته الامه وهي حامل كان ينبغي ان تكون النفقه على سيدها
لان الحمل ملكه ولا يقولون به وخامسها لو كانت للحمل لتعددت
بتعدد الحمل وسادسها لو كان للحمل نفقه لتضاعف نفقه المنكوحه
به او المطلقه الرجعيه به قال ابو بكر الرازي فلما لم يجب في

ماله علم انها لاجل احتباسها لحقه ولهذا لم يجب النفقه للمتوفى عنها
زوجها في مال الحمل من الميراث او غيره وقال ابن رشد المالكي
الحفيد في القواعد في المسله ثلثه اقوال اذا لم يكن حاملا
احدها وجوب النفقه والسكنى وهو قول الكوفيين
ومن قال بقولهم الثاني لا نفقه ولا سكنى وهو قول ابن حنبل
وابي ثور وداود وجماعه والثالث لها السكنى دون
النفقه وهو قول ملك والشافعي فمن اوجبهما استدل بقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم والمعروف من
سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اوجب النفقه حيث
اوجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسله ان يقال ان لها
الامرين مصيرا الى ظاهر الكتاب والسنه او الى تخصيصهما بحديث
فاطمه والتفريق بين السكنى والنفقه عسير ووجه عسره
ضعف دليله انتهى كلامه وقال ابن قدامه الحنبلي قول
عايشه انها كانت في مكان وحش لا يصح قلت هو في
صحيح مسلم وهو منه تجري عظيم على ام المومنين وقال عليه
السلام خذوا شطر دينكم من عايشه قال وهي احرم الناس
عليه اذ لا رجعه له فيها ولا بينهما ميراث قلت قد
يكون بينهما ميراث في الجمله وهي محبوسه في عدته لحقه وحق
ولده عسى وممنوعه وممنوعه من الزوج الذي ينفق عليها ويقوم
بمصالحها لولا عدته والحبس سبب النفقه كالقاضي والمضارب
على ما تقدم قال وعلل رسول الله بغير علة عايشه فقال انما

ال قيس انما السكنى والنفقه ما كان لزوجك عليك الرجعه قال
هكذا ذكره الحميدى والاثرم قلت لم يذكر ذلك من التزم
ذكر الصحيح وهو من روايه مجالد وهو ضعيف لا يحتج به وذكره
عبد الحق وسكت عنه قال الحافظ ابو الحسن على بن القطان
فى كتاب الوهم والايهام فى احاديث الاحكام وهو لا يصح وفى
المحلى ارسل مروان بن الحكم قبيصه بن ذويب الى فاطمه بنت
قيس يسالها فاخبرته انها كانت تحت ابى عمرو بن حفص المخزومى
فذكرت انه طلقها اخر ثلث تطليقات اذ خرج الى اليمن مع على بن
ابى طالب وان عياش بن ابى ربيعه والحرث بن هشام قالا والله
ما لها نفقه الا ان تكون حاملا واستاذنته فى الانتقال فاذن
لها ولم يات الا ان تكون حاملا الا من هذا الطريق وهو منقطع
فان عبيد الله بن عبد الله بن عتبه بن مسعود لم يسمع من قبيصه
ولا من مروان ولا ندرى ممن سمعه قاله ابن حزم الظاهرى ولما
قال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراه سناخذ بالعصمه
التى وجدنا الناس عليها قالت فاطمه حين بلغها ذلك بينى وبينكم
كتاب الله اى امر يحدث بعد الثلث ولا حجه لها فى ذلك
قال القاضى عياض لان هذه العله لم يات للاخراج وانما جاءت
لعله النهى عن تعدى حدود الله فى الزياده على الواحده ومخالفته
او يكون المراد احداث النسخ وفى المبسوط لعل الله يحدث
بعد ذلك امرا اى ولدا وقد يحدث بعد الثلث العود الى الاول
بشرطه واعترض ابن حزم على عمر بن الخطاب فى قوله لها ان

جيت بشاهدين يشهدان انهما سمعاه من رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال لو لزم هذا فاطمه للزم عمر فى كل ما حدث به عن
رسول الله ولا فرق قلت هذا جهل من ابن حزم وجراة
على عمر الفاروق وقرابه رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرق
بينه وبين فاطمه وليس قول فاطمه مع معارضته الكتاب والسنه
مثل قول عمر ثم ان عمر عند ذلك خليفه او قاض وقول القاضى لا
يحتاج الى شاهدين وقال عليه السلام عليكم بسنتى وسنه
الخلفا الراشدين المهديين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ واين
فاطمه بنت قيس من هذا حتى يعارض بها عمر وانما هو رجل جاهل
مقدام على العظايم وروى عن سعيد بن المسيب لما ساله ميمون
ابن مهران انه قال تلك امراه فتنت الناس كانت لسنه فوضعت
على يد ابن ام مكتوم طعن فيه بالرساله وقد علم ان مرسل سعيد بن
المسيب حجه عند الائمه الاربعه وطعن ايضا فى مروان بن
الحكم والعصمه الامر الموثوق به القوى ذكره المنذرى وفى
البدايع كان زوجها غايبا فلم يقض لها بالنفقه والسكنى لان
القضا على الغايب لا يجوز وعن يحيى بن سعيد عن القسم بن محمد
وسليمان بن يسار انه سمعهما يذكران ان يحيى بن سعيد بن
العاص طلق بنت عبد الرحمن بن الحكم البته فنقلها عبد الرحمن
ابن الحكم فارسلت عايشه ام المومنين الى مروان وهو امير
المدينه اتق الله واردها الى بيتها قال مروان ان عبد الرحمن
غلبنى وفيه لما قالت عايشه لا يضرك ان لا تذكر حديث فاطمه قال

مروان ان كان يك شر فحسبك ما بين هذين من الشر رواه البخاري
ومسلم بمعناه وطعن ابن حزم في مروان وهو ابن الحكم بن ابي العاص
ولد بعد الهجرة بسنتين وروى عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت روى
عنه سهل بن سعد وابنه عبد الملك وعروة وعلي بن الحسين
وعبيد الله بن عبد الله وابن المسيب وغيرهم ومات سنة خمس
وستين روى له ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والبخاري
مقرونا بالمسور بن مخرمة حديث الحديبية والطعن في اصحاب
رسول الله مردود وهم عدول بشهادة رسول الله صلى الله عليه
وسلم ذكر مولده ووفاته في الكمال قوله ولا نفقة
للمتوفى عنها زوجها حايلا كانت او حاملا الا من نصيبها هكذا
عن ابن عباس وبه قال عطا والحكم بن عتيبة وابن سيرين وعبد الملك
ابن يعلى قاضي البصرة والحسن البصري وعامر الشعبي وابن حنبل وهو
احد قولي الشافعي والقول الثاني ان كان الميت له مال كثير ينفق
عليها من نصيبها وان كان قليلا ينفق عليها من جميع المال يروى
عن ابرهيم النخعي واصحابه والقول الثالث ينفق عليها من جميع
المال وهو قول ايوب السختياني وابن ابي ليلى اذا كانت حاملا
والقول الرابع لها النفقة من جميع المال حاملا كانت او لا
يروى عن ابن عمر والقول الخامس ان كانت المتوفى عنها زوجة
فلا نفقة لها وان كانت ام ولد فلها النفقة من جميع المال حتى
تضع وبه قال الليث وفي المغني ان قلنا يجب المسكن للمتوفى
عنها زوجها اذا كانت حاملا فهي احق بسكنى المسكن من الورثة

والغرما من راس مال المتوفى ولا يباع في دينه قبل انقضا العدة قال
صاحب المغني وبه قال مالك والشافعي وابو حنيفة وجمهور العلما
فان تعذر فعلى الوارث ان يكتري مسكنا من مال الميت وان قلنا لا
يجب السكنى عليها فتبرعت الورثة باسكانها في مسكن زوجها
او اجنبي لزمها السكنى فيه قلنا ايجاب النفقة والكسوة
بالشرع ولم يرد بايجابها على الميت في مال غيره وهم الورثة ولان
احتباسها في عدة الوفاة ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص
فيها تعبد لا لتعرف براءة الرحم ولهذا لا يشترط فيها الحيض ولان
النفقة تجب شيا فشيا ولا ملك بعد موته فيجب فيه ولا يجب
على الورثة في ملكهم لعدم التزامهم قال ابو العالية انما
ضمت العشر الى الاربعة اشهر في العدة لان فيها ينفخ الروح
فيتحرك فيظهر الحمل ووجوب العدة قبل الدخول لوكدها عبادة
لكن يعارضها انقضاؤها بدون العلم بموته قالوا والفرق
بين الطلاق قبل الدخول وبين الوفاة قبله انه لو كان جاز ربما
ادعى الدخول فاحتاطوا في ايجابها والنص عري عن قيد الدخول
وفي البدايع لا نفقة للمعتدة عن وفاة ولا سكنى في مال الزوج
سوا كانت حاملا او حايلا ولا في مال الوارث والصغيرة والكبيرة
والحرة والامة والمسلمة والكتابية سوا في عدة الوفاة وكذا لا
نفقة ولا سكنى في عدة الوفاة من النكاح الفاسد وفي احكام
القران للرازي ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا تجب نفقتها
وسكناها في جميع المال عند ابن مسعود وابن عمر وشريح وابي العالية

والشعبي والنخعي ولا نفقة لها عند ابن عباس وابن الزبير وابن المسيب
والحسن وعطا ونفقتها في مالها وقال عامة فقها الامصار
كابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وزفر لا سكنى لها ولا نفقة في مال
الميت حاملا كانت او حايلا وقال ابن ابي ليلى نفقتها في مال
الزوج كالدين على الميت اذا كانت حاملا وقال مالك ان كانت
حايلا فلها السكنى اذا كانت الدار للزوج وتقدم على الغرما حتى
تنقضي عدتها ويشترط على المشتري سكناها وقال الثوري ينفق
عليها من جميع ماله حتى تضع وروى المعافى عنه ان نفقتها من
حصتها وقال الاوزاعي لا نفقة لها وان كانت حاملا الا ان
تكون ام ولد وقال الحسن بن صالح لها النفقة من جميع المال
وللشافعي في احد قوليه لها النفقة والسكنى اذا كانت حاملا
وفي قوله الاخر لا نفقة لها ولا سكنى قوله وكل
فرقة جات من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
في النكاح او ابيه فلا نفقة لها استحسانا وتجب السكنى لانه
عليها ذكرها في الجامع والتجريد وكل فرقة جات من قبل الزوج
او من قبلها بغير معصية بل بحق فلها النفقة والسكنى كخيار البلوغ
والعتق في العدة لبقاء الاحتباس فصار كقتل المورث بحق فانه
لا يحرم الميراث والتفريق بعدم الكفاة تجب به النفقة والسكنى
لانه بحق ولو حبست في عدتها بدين او ردة او حجت سقطت
ولو طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان
مكنت ابن زوجها من نفسها بعد الثلث فلها النفقة والسكنى

لان الحرمة قد ثبتت بالثلث قبل التقبيل والردة والتقبيل لا ينافي
النفقة لانها سبب المحرمية بينهما وهي من اسباب النفقة والرق
ان المرتدة تحبس حتى ترجع ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس
فلهذا يقع الفرق وان لم تكن حبست تجب نفقتها ايضا كذا في
الذخيرة فلا فرق حينئذ ولهذا قال في الجامع فلو عادت اليه
مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق وفي الذخيرة
لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى فيحمل ما ذكر
في الجامع على انه حكم بلحاقها والملاعنة لها النفقة والسكنى لانها
فرقة بطلاق من جهة الزوج وكذا بالخلع والايلاء والردة من
الزوج وجماعه امها لانها من قبله والنفقة كانت واجبة
فتبقى وكذا النفقة تجب بفرقة العنة لانها بحق وان كانت الفرقة
من غيرها فلها النفقة والسكنى كما لو وطيها ابن زوجها مكرهة
من غير تمكين اذ لم يوجد منها ما يسقط النفقة بخلاف المهر قبل
الدخول فانه يسقط بالفرقة سوا كانت بحق او بغير حق لانه
عوض من كل وجه ولهذا لا يسقط بموت احدهما فصار كهلاك
المبيع قبل القبض فانه يسقط الثمن وفي الذخيرة والخزانة
المنكوحة لو ارتدت حتى وقعت الفرقة بينهما لا نفقة لها اصرت
على ذلك او رجعت عن الردة وقد بانت فرق بينها وبين
الناشزة اذا ابانها ثم تركت النشوز فانها تستحق النفقة
ما دامت في العدة وهنا قال اذا اسلمت والعدة باقية
لا تستحق النفقة والفرق ان في مسلة النشوز جات

الفرقه من جهته بطلاقه بعد النشوز تستحق النفقه اذا زال
النشوز وفي المرتده جات الفرقه من جهتها في حال قيام النكاح
وعند الشافعي واحمد ان عادت الى الاسلام تعود نفقتها لانها
لم تبن منه عندهما ولو كانت الامه في بيت المولى ولم تعد الى بيت
الزوج حتى طلقها ثم عادت اليه بعد الطلاق فلا نفقه لها عند
علماينا الثلثه بخلاف الحره الناشزه وقت الطلاق لو عادت
الى منزله بعده فانها تستحق نفقه العده والفرق ان نكاح
الامه لم يكن سببا للنفقه عند الطلاق ولهذا لو اراد الزوج
ان يعيدها بغير رضى المولى لم يكن له ذلك بخلاف الناشزه الحره
فانه سبب لاحتباسها ولهذا يعيدها بغير رضاها جبرا ولو
اخرجها المولى من بيت الزوج بعد الطلاق ثم اعادها اليه كان
لها النفقه لانه كان سببا لوجوب النفقه عند الطلاق
مسله ابرات عن النفقه في المستقبل وهي زوجة
لم يصح ولو ابراته عنها في عقد الخلع صح لان الابرا في الخلع ابرآ
بعوض وهو استيفا قبل الوجوب جايز وفي الاول الابرآ
اسقاط واسقاط الشي قبل وجوبه لا يجوز مسله
صالحت المعتده عن نفقه العده على دراهم ينظر ان كانت عدتها
بالحيض لا يصح لجهالتها وان كانت بالاشهر جاز الصلح لان مدة
العده معلومه وفي الذخيره قال محمد نفقه العده كنفقه
النكاح ومن لا يستحق النفقه في حال النكاح لا يستحقها في العده
وقال الخصاف في نفقاته كل نكاح يتوارث الزوجان فيه

بالزوجيه لو مات احدهما يجب فيه النفقه لو طلقها وقد دخل
بها وقال السرخسي في شرحه هذا الاصل غير سديد على
قول ابي حنيفه فان الذمي لو تزوج بامته فانها تستحق النفقه
عنده ولا يتوارثان لو مات احدهما قلت لا ينتقض
الاصل الذي ذكره الخصاف بذلك لانه لم يقل ومالا والنقض
سوال على العكس فلا يرد عليه ولم يذكر كسوه العده لانها لا تبقى
في العده مده يحتاج فيها الى الكسوة غالبا حتى لو احتاجت
اليها تفرض لها ذلك ايضا قال محمد النفقه هي الطعام والكسوه
ذكره عنه هشام في نوادره ولو لم يكن للمطلق منزل مملوك
تكترى لها منزلا ويكون كراه عليه مسلة غريبه
ذكرها ابن يونس المالكي في شرح المدونه اذا لم يجد ما ينفق
على ام ولده او غاب عنها ولم يترك لها نفقه قال مالك تعتق
ولا تزوج وكذا قال اشهب وهو نظير التفريق بالاعسار عنده
وقال بعض القرويين تزوج عليه ان كان غايبا ويزوجها هو
ان كان حاضرا وهو اولى من اخراجها من ملكه بالعتق قلت
اعتاقها عليه بغير برهان ولا شبهه فهو باطل بلا شك
فصل قوله ونفقه الاولاد الصغار
على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نفقه الزوجه
اعلم ان اهل العلم اختلفوا في وجوب نفقه الانسان على
غيره قال الشعبي ما رايت احدا اجبر احدا على نفقة احد
وقالت طايفه لا ينفق احد الا على الوالد الادنى والام التي

ولدته الذكر والانثى يجبران على النفقه عليهما اذا كانا فقيرين ويجبر الاب دون الام على نفقه الابن الادنى حتى يبلغ وعلى البنت الدنيا حتى تزوج وان بلغت ولا تجبر الام على نفقه ولدها وان مات جوعا وهي في غايه الغنى ولا ينفق على ابويه الا ما فضل عن نفسه وزوجته ولا يجب نفقه ولد الولد ولا نفقه ابي الاب ولا نفقه ام الام وام الاب قال ابن حزم هذا قول ملك ومن قلده وقالت طايفه يجبر على النفقه على الابوين والاجداد والجدات وان علوا وعلى الاولاد واولاد الاولاد وان سفلوا ولا يجبر على نفقه غير من ذكرنا وهو قول الشافعي ومن قلده وقالت طايفه يجبر على نفقه كل ذي رحم محرم وبه قال حماد بن ابي سليمان وهو قول ابي حنيفه واصحابه قال ابن حزم هذا اذا كان وارثا له خاصه ولا يجبر على نفقه ذي رحم محرمه اذا لم يكن هو وارثا له ثم فرع ابن حزم المذكور وهذى هذيانا كثيرا من غير تعقل معنى ما قاله اصحابنا وطول كلامه بتخليط كثير غث وليت شعري لو كان اخذ كتابا من كتب المذهب واتبع السواد بلا فهم لقد كذب على ابي حنيفه فيما نقله فان ابا حنيفه لم يقل اذا كان وارثا ولا شرط في وجوب النفقه لذي الرحم المحرمه الارث جمله كافيه ولا احد من اصحابه وكلامه هو من كلام المجانين نسال الله العافيه وقالت طايفه تجب النفقه لكل وارث وهو قول الظاهريه حتى اوجبوا على الزوجه الموسره نفقه زوجها المعسر من غير ان ترجع بها عليه اذا ايسر وقالت طايفه تجب لكل وارث الا

الزوجه فانه لا يجب عليها نفقه زوجها المعسر وهو قول احمد بن حنبل حتى اوجب نفقه المعتق على معتقه وخالف الايمه الثلثه واصحابهم فيها والاصل في نفقه الاولاد الصغار على الاب قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فاذا وجبت عليه نفقتهن من اجل ولده فنفقه ولده اولى بالوجوب عليه فعلى هذا تكون ثابته بدلاله النص ولان قوله وعلى المولود له يدل على وجوبها عليه لان اللام للملك او الاختصاص فتكون باشاره النص وهذا اجماع وتجب نفقته على الام اذا لم يكن له اب عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وعن ملك لا يجب عليها لعدم العصوبه لها لولدها فاذا وجب عليها هل ترجع الام على الاب اذا ايسر حكى ابن قدامه عن الايمة الاربعة عدم الرجوع قال وقال ابو يوسف ومحمد ترجع وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقه الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع ولم يحك خلافا وفي نفقات الشهيد خلع امراته وغاب وطالبت عم اولادها فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجع كل منهما عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هكذا اذا كانت الغيبه منقطعه وفي الخزانه قال ابو يوسف لا افرض نفقه الام على الاب اذا كان لها زوج معسر وهي معسره وقال محمد افرض عليه واجعلها دينا على الزوج ونفقه الصغير على

الجد والام على قدر ميراثهما في ظاهر الرواية وبه قال ابن حنبل وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده فجعله كالاب وبه قال الشافعي وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لان كفايته على الاب واجر الرضاع كنفقته وقيل معنى قوله تعالى لا تضار والدة بولدها لا تلزم بارضاعه مع كراهتها اذا كان يوجد من يرضعه وتجبر اذا كانت ممن يرضع ولم يكن بها علة وان لم يوجد تجبر على الارضاع صيانة له عن الضياع وفي الذخيرة لو كان لا يوجد من يرضعه او لا ياخذ ثدي غيرها تجبر وذكر الحلواني ان في ظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تجبر لانه يتغذى بالدهن والشراب وبقية الالبان فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف وعن ابي حنيفة وابي يوسف في النوادر انها تجبر وهو المذكور في الكتاب وقد تقدم هذا قبله ويستاجر الاب من ترضعه عندها اذا ارادت ذلك لان الحجر والتربية لها ولا يجب عليها ان تمكث في بيت الام الا ان يشترط ذلك عليها بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها ويحمل الصبي معها اليه او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم يدخل الصبي الى امه ذكره الشهيد وفي المغني للزوج منعها من ارضاع ولدها من غيره الا لضرورة بان لا يوجد غيرها او لا ياخذ ثدي غيرها لانه يفوت عليه الاستمتاع في تلك الاوقات فمنعت منه مثل خروجها من منزله وفي حال الضرورة تقدم على حقه كتقديم المضطر على المالك اذا لم يكن به مثل ضرورته وهل له ان يمنعها من ارضاع ولدها منه فيه وجهان احدهما

له المنع كغير ولده وهو قول الشافعي والثاني ليس له منعها وهو قول اصحابنا اذ الارضاع واجب عليها بالنص ولا يصح حمل الاية على المطلقات لانه تخصيص بغير دليل فان اجرت نفسها للارضاع ثم تزوجت فليس للزوج منعها من ذلك حتى تنقضي مدة الاجارة ولا فسخها فاذا نام الصبي او اشتغل بغيرها فله الاستمتاع بها وليس لولي الصبي منعه من ذلك وبه قال الشافعي وقال مالك ليس له وطيها الا برضى الولي لانه ينقص اللبن قلت ويحتمل العلوق وهو يفسد اللبن قلنا اذا جاز وطيها باذن الولي يجوز بغير اذنه ايضا بالعقد المشروع لان اذن الولي غير معتبر فيما يضر الصبي ويسقط حقه وان اجرت نفسها للارضاع يجوز باذن الزوج ولا يجوز بغير اذنه لان الحق له وهو احد الوجهين للشافعية والثاني يجوز وله فسخها ان شاء وعندنا له فسخها اذا لم يعلم بها وليس له منعها من وطيها فاذا حبلت فله فسخها للضرر كما لو مرضت فان استاجرها وهي زوجته او معتدته عن طلاق رجعي لم يجز عندنا وبه قال الشافعي وقال ابن حنبل يجوز لنا ان الارضاع مستحق عليها ديانة وقد ذكرنا النص فيه فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا لانه من اعمال داخل البيت وهي واجبة عليها ديانة وفي المبتوتة روايتان في العدة ظاهر الرواية الجواز لانقطاع النكاح وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة لا يجوز هكذا ذكره في المبسوط وتعليل الشافعية للمنع ان المنافع التي لها ملكه ولا يجوز ان تعقد على بعض

ملكه ويرد عليهم لو وطيت بشبهه كان العقر لها ولو كانت ملكه لوجب
ان يكون مهرها له ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع
ولده من غيرها جاز وبعد انقضا العده يجوز في الكل لزوال النكاح
بالكليه فان قال الاب لا استاجرها وجا بغيرها فرضيت
الام بمثل اجره الاجنبيه او رضيت بغير اجره كانت اولى من الاجنبيه
وان التمست زياده لم يجبر الاب عليها وفي الاسبيجابي وقاضي خان
لو كانت الام ترضعه باجره والاجنبيه بغير اجره او كانت الام ترضعه
باجر المثل والاجنبيه بدون اجر المثل فالاجنبيه اولى وترضعه
عند الام ولا تفارقه الا اذا اختارت الام ذلك وهو ظاهر
مذهب الشافعي وعند الحنابله ان طلبت اجر المثل يجب عليه وان
وجد متبرعه بارضاعه وان طلبت زياده يجوز له انتزاعه منها
وفي نفقات الشهيد لا تجتمع نفقه الرضاع مع نفقة العده
وذكر في الاصل انها تستحقهما فصار فيهما روايتان ولو دفع
زكاة ماله اليها او شهد لها في العده لم يجز رواية واحده
ونفقه الصغير واجبه على ابيه وان خالفه في دينه كما يجب نفقه
الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه والعله مختلفه مع اتحاد
الحكم فيهما وصوره مسئله الصغير ان يكون اسلم وهو مميز وابوه
نصراني او اسلمت امه فيحكم باسلامه تبعا لامه خلافا لمالك
واما ان يكون مسلما وولده صغير نصراني فلا امكان شرعا هذا اذا
لم يكن للصغير مال فان كان له مال فنفقته في ماله وكذا اجره رضاعه
قال ابن المنذر وهذا اجماع فاذا بلغوا فلا نفقه لهم الا ان يكونوا

زمنى وكذا ولد ولده وان سفلوا ومنهم من اوجب نفقه الاولاد
الصغار والكبار على الاب لحديث هند واجمع كل من يحفظ عنه
من اهل العلم ان نفقه الصغير بعد موت ابيه واجره رضاعه في
ماله وروى عن حماد بن ابي سليمان ان اجره رضاعه من جميع المال
المتروك لابيه ثم تقسم له نصيبه ما بقي وجعله بمنزله الدين
وقال النخعي ان كان المال قليلا فمن نصيبه وان كان كثيرا فمن
جميعه وقد مر جنسها **فصل** قوله وعلى
الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته ابي الاب وان علا
وابي الام وان علا وام الاب وان علت وام الام وان علت وفيه
خلاف ملك كما ذكرنا اذا كانوا فقرا وشرط الشافعي مع ذلك
ان يكون الاب زمنا ولم يوافقه احد وفي الاشراف قال ابن
المنذر اجمع اهل العلم على ان نفقه الابوين الفقيرين اللذين لا
كسب لهما ولا مال لهما واجبه على الولد وبه قال ملك والثوري
والحسن بن صالح والشافعي وابن حنبل واسحق وابو ثور لكن
قال الشافعي اذا كانا زمنين ولم يذكر ذلك احد غيره وعندنا
لا يكلفان الاكتساب وفي التنبيه يجب على الاولاد ذكورهم واناثهم
نفقه الوالدين وان علوا بشرط الفقر والزمانه او الجنون ومع
الصحة قولان واصحهما لا يجب ونفقه الاولاد كذلك اذا كانوا
اطفالا فقرا وان كانوا بالغين اصحا لم يجب وقيل قولان قال
ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان اطيب ما
اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ولم يشترط فيه الزمانه

او المجنون ولا منعه من اكل ما له مع القدرة على الاكتساب الذي فيه
مشاق العمل وتحمل التعب وقال مالك والشافعي لا يشترط في
وجوبها اتحاد الدين وفي المغني لا يجب النفقه مع اختلاف الدين الا
للزوجات وفي عمود النسب روايتان ويعتق عنده ذو الرحم المحرم
بالملك مع اختلاف الدين وهو قول اصحابنا على ما ياتي عن قريب قال
الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا اي صحابا معروفا وهو مثل
قولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا نزلت الايه في الابوين الكافرين
يدل عليه ما قبله وهو قوله وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس
لك به علم فلا تطعهما وليس من المعروف ان يعيش الابن في نعم الله تعالى
ويترك ابويه يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فهم من
الاباء والامهات بواسطه ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه
وكذا على المراة ان ينفق على ابويها واجدادها وجداتها كالرجل وشرط
القولان الغني ياكل من ماله وصلب حاله ولا يجب النفقه مع اختلاف
الدين الا للزوجه والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد
وان سفلوا اما الزوجه فلما ذكرنا انها محتبسه لحقه وذلك
موجود في المسلمة والكافرة وغيرها للجزئيه الثابته بينهم فكما انه
لا يحرم النفقه على نفسه بسبب كفره فكذا على جزئه واصله لانهما
في معنى نفسه الا انهما اذا كانا حربيين لا يجب نفقتهم على المسلم
وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من قاتلنا في
الدين ويرد عليه المبرة لاهل الحرب بالطعام والثياب ولا يجب
على النصراني نفقه اخيه المسلم ولا على المسلم نفقه اخيه النصراني

وبه قال ابن حنبل قال لان النفقه متعلق بالارث بالنص قلت
الضابط عندنا الرحم والمحرميه والارث ليس بشرط حتى وجبت على
الخال والخاله والعمه دون ابن العم والميراث له بخلاف العتق لانه
متعلق بالقرابه والمحرميه ولان القرابه موجبه للصله ومع الاتفاق
في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان
النفقه فاعتبرنا في اعلى القطيعتين اصل العله وفي ادناهما العله
المؤكده فافترقا ولو كان له عم وعمه او عم وخال وخاله فالنفقه
على العم دون العمه والخال والخاله فترجح بالارث وان لم يكن شرطا
هكذا ذكره في البدايع وفي الواقعات وعمدة الفتاوى في العم
والعمه اثلاث ولم يعتبر الارث قوله ولا يشارك الولد
في نفقه ابويه احد وفي نفقات الشهيد لا يعتبر الارث في الولد
وانما يعتبر في غيره حتى لو كان له بنت واخ لاب وام او لاب فنفقته
كلها على البنت والميراث بينهما بالسويه وكذا في البنت والاخت
لاب وام او لاب وعلى هذا اذا اجتمع للفقير اب وابن فالنفقه كلها
على الابن عندنا وعند ابن حنبل على الاب وللشافعيه وجهان احدهما
على الاب وحده كقول ابن حنبل والثاني عليهما قلنا للابوين
تاويل في مال ولدهما بالنص ولا تاويل لهما في مال الاب ولان الولد
كنفسه لانه جزؤه بخلاف الاب وفي المغني في الام والبنت ارباع
وقال به قال ابو حنيفه كالميراث وعند الشافعي على البنت لانها
تصير عصبه مع الابن وهو قول اصحابنا ونقله عنا غلط ولم يراعوا
هذا المعنى في الفقير اذا كان له جد وابن ابن حيث اوجبوها عليهما

على قدر الميراث وكذا في الام والجد اثلاث وكذا عند ابن حنبل وعند
الشافعي على الجد خاصة وهي على الذكور والاناث سوا وعند الشافعي
وابن حنبل اثلاث وهو روايه الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفه
واعتبر بنفقه ذوي الارحام قال في الذخيرة الاول اظهر
الروايتين وهو الاصح وفي الكتاب في ظاهر الروايه وهو الصحيح
لان المعنى وهو الولاد يشملها والارث غير معتبر في حقهم حتى
وجبت نفقتهم مع اختلاف الدين ولا ميراث وتجب النفقه
لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراه بالغه فقيره
او كان ذكرا بالغا زمنا او مقعدا او مفلوجا او اشل اليدين او
اعمى او مجنونا ووجوب نفقه ذوي الارحام قول حماد بن ابي سليمان
وابن حنبل وفي مصنف ابي بكر بن ابي شيبه والمحلى لابن حزم ان ذلك
مذهب الحسن وعبد الله بن عتبه بن مسعود وقبيصه بن ذويب
والنخعي وعطا وقتاده ومجاهد والشعبي وشريح وزيد بن اسلم
والضحاك بن مزاحم وحماد بن ابي سليمان والثوري وعن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه جبر رجلا على نفقه ابن اخيه وعن زيد بن ثابت في
العم والام النفقه عليهما على قدر الميراث ذكرهما ابو بكر بن ابي شيبه
في مصنفه وذكر ابن حزم انها على عدد الروس بالسويه دون مقادير
الميراث وهو ظلم محض ومخالف لقول السلف ورد ابن حزم على
ملك اقبح رد فقال لم يقله احد قبله قال فان موه مموه
بان قال قد اجمع على ذلك واختلف فيما عداه كان باطلا ولا يدعي
ضبط الاجماع الا كاذب على الامه كلها وكذا قول الشافعي مثله

ولا فرق قال الشيخ ابو بكر الرازي قول زيد بن ثابت رضي الله عنه
مذهب اصحابنا وابن مسعود رضي الله عنه اثبته قرانا في مصحفه
وسمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن المحال ان يخالف رسول الله
فيما سمعه منه قرانا وكذا عمر جبر الاخ على نفقه ابن اخيه وهو ذو رحم
محرم منه ولم يرو عنه غير ذلك ويدل على نفقه ذوي الارحام
وغيرهم حديث كليب بن منفعة عن جده انه اتى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله من ابر قال امك واباك واختك
واخاك ومولاك الذي يلي ذاك حق واجب ورحم موصوله رواه
ابو داود وعن طارق المحاربي قال قدمت المدينه فاذا رسول الله
قايم يخطب الناس على المنبر وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن
تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك رواه
النسائي وفي حديث معويه بن حيده القشيري قلت يا
رسول الله من ابر قال امك قلت ثم من قال امك قلت ثم من
قال امك قلت ثم من قال ثم اباك ثم الاقرب فالاقرب رواه
ابو داود واحمد والترمذي وقال حديث حسن وعن ابي هريره
رضي الله عنه قال جا رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله من احق الناس بحسن صحابتي قال امك قال
ثم من قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال ابوك اخرجاه
وزاد مسلم ثم ادناك ادناك وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك
شي فلذي قرابتك الحديث تقدم ولان صلة الرحم في القرابه
القريبه واجبه دون البعيده والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وهي

ملحقه بعمود النسب عندنا وعند الشافعي بالبعيد وهي اولاد الاعمام
واولاد الاخوال وتأيد قول اصحابنا بقراة ابن مسعود وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك وهو في مصحفه ثم لا بد فيهم من الحاجه
والصغر والانوثه والزمانه والعمى والفلج والجنون عند عدم
المال علامه الحاجه اذ القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف
الابوين فانهما لا يكلفان التكسب خلافا للشافعي قال الله سبحانه
واخفض لهما جناح الذل من الرحمه وصح عن رسول الله ان عقوق
الوالدين من الكبائر وليس في العقوق اكبر من ان يكون الولد
مليا ذا خدم وحشم وثروه ويترك اباه او جده يكنس الكنيف
او يسوس الدواب او يكون زبالا او يوقد في الاتون والحمامات
او حجاما او غسالا يغسل ثياب الناس او يترك امه او جدته
بلانه في الحمام او تخدم الناس فما خفض لهما جناح الذل من الرحمه
بلا شك وقال الله تعالى وبالوالدين احسانا اي احسنوا بالوالدين
احسانا ومن الاحسان اليهما الصبر لجفائهما وتوقيرهما وتعظيمهما
والتوسعه عليهما عند حاجتهما وطاعتهما ما لم يامرا بمعصيه
وقال الله تعالى ان اشكر لي ولوالديك قرن شكرهما بشكره
سبحانه وروي عنه عليه السلام انه قال انت ومالك لابيك
ذكره الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القران وفي الذخيره
لو كان الاب كسوبا والابن ايضا كسوب يجبر الابن على الكسب
والنفقه عليه وذكر الحلواني في شرح ادب القاضي للخصاف
انه لا يجبر واعتبره بنفقه ذي الرحم المحرم فانه لا يستحق النفقه

في كسب قريبه ولا على الموسر اذا كان هو كسوبا لانه غني بكسبه
والاب يجبر ويحبس على نفقه اولاده الصغار اذا ابى ان يكتسب
وينفق عليهم فان كان الاب عاجزا عن الكسب او مقعدا استكفف
وينفق على اولاده هكذا ذكره في نفقه الخصاف ومن المتاخرين
من ذكر ان نفقتهم في بعض الصور في بيت المال كنفسه وذكر
الخصاف في ادب القاضي ان القاضي في بعض الصور يفرض على الاب
نفقتهم ويامر الام بالاستدانه وان لم تلتمس ذلك فاذا ايسر
طالبته بما استدانت وكذا لو امتنع من الانفاق مع يساره
يفرض عليه ويامرها بالاستدانه عليه لترجع به على الاب والكبير
الصحيح الذي لا يحسن العمل يجب نفقته على الاب وهو كالعاجز
عن الكسب وكذا لو كان من اهل البيوتات وكذا قالوا في طالب
العلم اذا كان لا يهتدي الى الكسب لا تسقط نفقته عن الاب
بمنزله الزمن والانثى وكذا ذكره صدر القضاه عن اصحابنا
وانما افتى ابو حامد بخلافه لفساد حال اكثر الطلبه ذكره في
الغنيه ولو كان له ابنان احدهما مكثر والاخر مع اليسار غير
مكثر فالنفقه عليهما لكن على المكثر اكثر هكذا ذكره الخصاف
في ادب القاضي وفي نفقاته وذكر محمد في المبسوط انها عليهما
بالسوا وكذا ذكره ابن حزم ولم يحك خلافا وذكر الحلواني
عن بعض الاصحاب هذا اذا كان التفاوت بينهما يسيرا وان
كان فاحشا يجب ان يتفاوتا في النفقه قوله قال
ويجب ذلك على مقدار الميراث اذا كان من يجب عليه ممن يرث

ويجبر عليه لان الغرم بالغنم والجبر لا يتحقق مستحق عليه مثاله
اذا كان له اخ واخت لابوين او لاب يجب نفقته عليهما اثلاثا ولو
كانا لام يجب عليهما نصفين كارثهما ولو كان له اخ لاب وام او لاب
وله ام يجب اثلاثا وان كان الاخ لام يجب اثلاثا الثلثان على الام وفي
الام والعم اثلاث اذا كان العم لاب وام او لاب وكذا مع الام وابن
الاخ لاب وام او لاب ولو كان له اخ لاب وام واخ او اخت لام
فالنفقه عليهما اسداسا وكذا في الجد والجده وكذا في الابن والام
وبه قال ابن حنبل وفي العم والعمه والخال يجب على العم خاصه
لانه الوارث فترجح به فان كان العم معسرا يجب على العمه والخال
اثلاثا ثلثاها على العمه وجعل العم المعسر كالميت وفي معسر له
ولد معسر واخ شقيق واخ لام فنفقته عليهما اسداسا ونفقه
ولده على اخيه شقيقه دون اخيه لام والابن يحرز جميع المال فيجعل
كالميت ولو كان مكان الابن بنت فنفقته في الاخوه المتفرقين على
اخيه لابيه وامه لان اخاه لابيه او لامه لا ميراث لهما معه وفي
الاخوات المتفرقات على اخته لابيه لا غير لان البنت لا تحرز
جميع المال فلا تجعل كالميته فكان الوارث معها الاخ لاب وام
لا غير والاخت لاب وام لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع
البنت والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وام والاخت لاب لا ترث
مع البنت اذا كان معها اخت لاب وام قال وتجب نفقه
الابنه البالغه والابن البالغ الزمن على ابويه اثلاثا ثلثاها على
الاب وثلثها على الام كالميراث هذا روايه الحسن والخصاف

وفي ظاهر الروايه يجب كلها على الاب وهو روايه المبسوط اعتبارا
بالولد الصغير ووجه الفرق على الروايه الاولى انه قد اجتمع
للاب في الصغير ولايه ومؤنه حتى وجب عليه صدقه فطره واضحيته
فاختص بنفقته دون امه ولا كذلك الكبير لعدم الولايه فتشاركه
الام وفي غير الولد يعتبر الارث حتى كانت نفقه الصغير على الام والجد
اثلاثا وهو قول ابن حنبل وفي روايه الحسن عن ابي حنيفه على الجد
وحده لانه كالاب عنده حتى حجب الاخوه في الميراث عنده ومنه
الروايه توافق اصله وبه قال الشافعي وفي الابن المعسر والاخ
الموسر يجب على الاخ عندنا قال ابن حنبل لا شي عليهما لان الاخ
محجوب بالابن وفي البنت وابن الابن على البنت للقرب عندنا ذكره
في المغني والناصحي وعندهم نصفان وفي المغني في البنت وابن البنت
على البنت عندنا وهو قول ابن حنبل وفي احد الوجهين للشافعيه على
ابن البنت لانه ذكر وفي الجده والاخ لاب اسداس وان كان لام فنصفان
وعند الشافعي على الجده خاصه ونفقه المعسر على الاخوات المتفرقات
اخماس وان كان معهن ابن فلا شي عليه لعدم الارث ولعدم المحرميه وعلى
الاخت الشقيقه ثلثه اخماسها وعلى الاخت لاب خمسها وعلى الاخت
لاب خمسها وعلى الاخت لام خمسها كالميراث ولو كانوا اخوه متفرقين
يجب على الاخ لابوين والاخ لام اسداسا ولا شي على الاخ لاب وفي
المغني ان اجتمع بنت واخت او بنت واخ او بنت وعصبه او اخت وعصبه
او اخت وام او بنت وبنت ابن او اخت لابوين واخت لاب او ام اولد
اخوات متفرقات فالنفقه عليهم على قدر الميراث وفي ام الام وام الاب

عليهما بالسويه وفي ابي الام وام الام على ام الام لان ابا الام ليس عصبه
ولا صاحب فرض وفي ابوي اب السدس على امه والباقي على ابيه
كالارث وان اجتمع جد واخ وام فالنفقه بينهم اثلاث وعند الشافعي
على الجد انتهى كلام صاحب المغني والمعتبر عندنا في ذلك اهليه
الارث في الجمله لا احرازه خلافا لابن حنبل والظاهريه حتى لو كان
له خال او خاله وابن عم فنفقته على الخال او الخاله دون ابن عمه وميراثه
لابن عمه وعند ابن حنبل لا شي على الخال والخاله لعدم الارث بالفرض
او التعصيب ولا على العمه عنده وفي البدايع له عمه وخاله او خال
وابن عم فنفقته على العمه والخاله او الخال الثلثان على العمه والثلث
على الخاله او الخال ولا شي على ابن العم وميراثه له ولا يجب نفقتهم
مع اختلاف الدين لبطلان اهليه الارث وهي معتبره في ذوي الارحام
بخلاف من له ابنان موسران احدهما مسلم والاخر نصراني فنفقته
عليهما نصفان ومثله الابن والبنت نصفان لان الارث غير
معتبر في ذلك وفي البنت والاخ على البنت خاصه والميراث
بينهما نصفان ذكره الشهيد مسلم له ابن نصراني واخ مسلم
نفقته على ابنه وان لم يرثه وكذا له بنت واخت يجب نفقته على
البنت ذكره الناصحي في ادب القاضي ولا يجبر على نفقه امراه
ابيه اذا لم يكن اما له ولا على نفقه ام ولد لانه لا قرابه بينهما
الا ان يكون بالاب عله فيجبر على نفقه من يخدمه كانت امراته او
ام ولد وفي الجواهر يجبر على نفقه امراه ابيه وقيل لا يجبر
وبه قال داود الظاهري رجل له بنت بنت او ابن بنت

او ولد ابن او كانوا اولاد بنات فهم سوا والنفقه عليهم دون
الاخ والعم للولاد ولو قال الابن انا فقير لم يجبر على نفقه ابيه
فان قال الاب هو يكتسب ما ينفق علي منه نظر القاضي في
كسبه فان كان فيه فضل عن قوته اجبره قال ابو بكر الرازي
الاصل ان الابن ان كان فقيرا لا يجبر ان يكتسب وينفق على ابيه لكنه
لو اكتسب وفضل منه عن قوته يومر بالانفاق عليه وهو خلاف
ما ذكره الخصاف والمذهب هو الذي ذكره الخصاف وقد ذكرناه
قبل هذا وقال ابو علي السمرقندي اذا لم يكن في كسبه فضل لا
يفرض عليه ولكن يقال للاب كل مع ابنك اذا كان بدنهما جميعا
سعى ستلك النفقه فان قال الاب ابني كسوب يترك العمل كيلا
يفضل ما يعطيني نظر القاضي واجبره على النفقه قال ولو كان
للمراه منزل تسكنه وخادم ولها ذو رحم محرم يكتسب ما يفضل عنه
وعن عيال له فطالبته بالنفقه اجبر عليها هكذا ذكره محمد ولم يرو
عن احد خلافه وقيل يقول لها القاضي بيعي دارك واسكني
بالكرى وانفقي ثمنها عليك قال ابو بكر والى هذا ذهب الخصاف
وفي البدايع من كان له دار هل يجب نفقته على غيره فيه روايتان
احداهما لا يجب لغناه بها ويمكنه ان يبيع بعضها او كلها ويسكن
بالكرى والثانيه يجب قال هو الصواب ولا يومر ببيع منزله
والسكنى بالكرى ولهذا ياخذ الزكاه ولا يجب على الاب نفقه زوجه
ابنه الصغير الفقير الا ان يضمن ذكره في جوامع الفقه وفي خزانه
الاكمل فقير لا يقدر على حرفه لا يجبر على نفقه الام والبنت الكبيره

ويجبر على نفقة الزوجة والولد الصغير والاب الزمن وقال ابو يوسف
لا يجبر على النفقة من يملك مايتي درهم الا درهما وعن محمد انه قدره بما
يفضل عن نفقته ونفقة عياله شهرا او بما يفضل عن ذلك كل يوم
من كسبه الدايم ولا معنى لتقدير النصاب لانه للتيسير قال
والفتوى على الاول والنصاب نصاب حرمان الصدقة دون نصاب
الزكاة وقد عرف ونصاب الزكاة رواية ابن سماعة عن ابي يوسف
نصاب حرمان الصدقة ذكره في الذخيرة ومن لا مال له وله كسب
كل يوم ينفق ما يفضل منه على من ذكرناه وفي قنية المنية له عم
وابو الام موسر ان يجب نفقته على ابي الام والميراث للعم ولو كان
له ام وابو ام فعلى الام وفيه اشكال قوي لانه ذكر فيه اذا
كان له ام وعم فالنفقة عليهما اثلاثا فلم يجعل الام اقرب من
العم وجعل في المسئلة المتقدمة ابا الام اقرب من العم ولزم منه
ان يكون النفقة على ابي الام مع الام ومع هذا اوجبها على الام ويتفرع
من هذه الجملة فرع اشكل الجواب فيه وهو اذا كان له ام
وعم وابو الام يحتمل ان يجب على الام لا غير لان ابا الام لما كان اولى
من العم والام اولى من ابي الام كانت الام اولى من العم ضرورة لكن
ترك جواب الكتاب ويحتمل ان يكون على الام والعم اثلاثا وقد تقدم
هذا وفي شرح التكملة للمعسر اب وابن ابن فنفقته على الاب
للقرب وفي الجد وابن الابن على قدر الميراث عليهما وكذا في الذخيرة
وفيه له بنت بنت او ابن بنت واخ لاب وام فالنفقة على ولد البنت
والميراث للاخ والمعتبر الجزئية وان سفلت وولد الابن والبنت سوا

زينة ذكره في المحلي وفي الروضة الاثمد حرام على البيضا
دون السودا والكحل الاصفر وهو الصبر حرام على السوداء
دون البيضا والصحيح هما سوا في التحريم فيهما والكحل الابيض
وهو التوتيا ونحوها فلا يحرم اذ لا زينة فيه وقيل يحرم
على البيضا وفي احكام ابن شداد ورخص كثير من العلما في
الكحل للضرورة منهم سالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعطا
والنخعي ومالك واصحابه واهل الكوفة وقال الشافعي
تكتحل ليلا وتمسحه نهارا وفي الروضة ويجوز ايضا بالنهار
للضرورة وكره الدمام وهو ان تطلي حوالي عينيها بالصبر وفيه
زينة ولا يجوز من غير ضرورة قال الجوهري هو بالكسر
دوا تطلى به جبهة الصبي وظاهر عينيه وفي الينابيع ان
سكت راسها فلا باس بان تصب عليه الدهن وفي المحيط
لو اكتحلت او ادهنت لدفع اذى يجوز وللزينة لا يجوز وفي
المرغيناني انما يحرم الاكتحال للتزين والتحسن فان لم يكن
لذلك فلا باس به والمسئلة السادسة لا تمتشط
بالاسنان الضيقة وانما تمتشط بالاسنان الواسعة المتباعدة
الاسنان هكذا في المبسوط والمحيط والينابيع هذا مذهبنا وعند
الايمة الثلثة يجوز الامتشاط مطلقا وقد ورد في الحديث ولنا
ان الاسنان المتباعدة لدفع الاذى والمتقاربة الضيقة لتحسين
الشعر والزينة والحديث ان ثبت فمحمول عليها وعندهم تدخل الحمام
وتغسل راسها بالسدر والخطمي والطفل واي زينة للشعر اعظم

من السدر والخطمي وفي النساي ولا تمتشط فيحمل على ما ذكرناه توفيقا بينهما والمسئله السابعه اجمعوا على منع الادهان المطيبه كدهن الورد والبنفسج والبان والياسمين واختلفوا في غير المطيب كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن فمنع من ذلك اصحابنا من غير ضرورة لانه يزين الشعر ويحسنه وفي الروضه والدهن حرام وان لم يكن فيه طيب كالزيت والشيرج والسمن ويجوز لها دهن البدن بذلك وقال ملك وابن حنبل والظاهريه تدهن بالزيت والشيرج غير المطيب بريحان وفي المحلى قال الشافعي تجتنب الدهن كله الزيت وغيره قلت في البدن ممنوع كما ذكره صاحب الروضة والمسئله الثامنه العصب مكروه عندنا وبه قال الشافعي رقيقه وغليظه وقال ملك يحرم رقيقه دون غليظه وصح عن الزهري كراهة العصب والحلي والطيب واختلفت الحنابله فيه وفي تفسيره واباحه الظاهريه بحديث ام عطيه رضي الله عنها ان النبي عليه السلام قال لا تحد المراه فوق ثلث الا على زوج فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا ادنى طهرتها اذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط واظفار قال يعقوب وهو الدورقي مكان عصب الا مغسولا وزاد يعقوب ولا تختضب اخرجه البخاري ومسلم وابو داود والنسائي وابن ماجه قال ابن حزم العصب ثياب موشاه

تعمل في اليمن وفي الصحاح هو ضرب من برود اليمن تنسج ابيض ثم تصبغ بعد ذلك وفي المبسوط الاصح ان العصب القصب وقال المنذري هي برود يمنيه يعصب غزلها اي يجمع ويشد ثم يصبغ بعد ذلك وتنسج وفي المغني الصحيح ان العصب نبت يصبغ به الثياب قال صاحب الروض الانف العصب والورس نبتتان باليمن ورخص رسول الله صلى الله عليه وسلم للحاد في لبسه لانه في معنى ما صبغ لغير الزينه والتحسين وما صبغ للزينه فلا معنى لتجويز لبسه وام عطيه اسمها نسيبة بنت الحرث صحابيه وكانت تغزو كثيرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والقسط بضم القاف عود يتبخر به والاظفار جنس من الطيب لا واحد له من لفظه وقيل واحده ظفر وقيل عطر اسود والقطعه منه شبيهه بالظفر ويروى من قسط او اظفار ورخص للمراه في طهرها والمسئله التاسعه اباح لها الايمه الاربعه واصحابهم لبس السواد اذ لا تقصد به الزينه وفي الروضه لبس الاسود والكحلي ابلغ في الحداد وفي وجه يلزمها لبس السواد في الحداد وقالت الظاهريه تجتنب فرضا كل ثوب مصبوغ في الراس والجسد بالسواد والخضرة والحمرة وغيرها الا العصب اخذوا بعموم حديث ام عطيه ذكره ابن حزم في المحلي لكن في حديث ام سلمه لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقه ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه احمد وابو داود

والنساء والمشق المغرة يصبغ به الاحمر والمغرة بسكون
الغين المعجمة وقد يحرك هي الطين الاحمر وقد تقدم في باب
والمسئلة العاشرة ذكرها ابن ابي زيد في النوادر لا تحضر
المعتدة عمل الطيب ولا تتجر به ولا تبيعه وان لم يكن لها كسب
الا فيه ولم يوافق عليه والمسئلة الحادية عشرة في النوادر
قال محمد لا يحل الاحداد لمن مات ابوها او ابنها او اخوها
وانما هو في الزوج خاصة قلت لم يرد ذلك الا فيما
زاد على ثلث ليال قال ابن المنذر في الحديث دليل على اباحة
الاحداد للمسلمات على غير ازواجهن ثلثة ايام وقال ابن حزم
في المحلى هو مباح ثلثة ايام ولم يحك خلافا وفي المنهاج ولها
الاحداد على غير زوج ثلثة ايام ويحرم الزيادة والمسئلة
الثانية عشرة قال علي ان كانت عدة المتوفى عنها زوجها بوضع
فلا بد لها من الاحداد اربعة اشهر وعشرا ولا يوجبه عليها بعد
ذلك اذا ماحر وضع حملها اذ النصوص جاءت بها فقط وقد صح
حديث سبيعة الاسلمية انها وضعت لليال بعد موته وتشوفت
للخطاب ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرق
الاجماع في ذلك وكيف تتزين للخطاب وهي حامل من زوجها المتوفى
عنها والمسئلة الثالثة عشرة فيها زيادة غلو للظاهرية
وهي ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا لا احداد عليها لان
النص ورد بالشهور ويرده رواية عمرو بن شعيب انه عليه السلام
رخص للمراة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها ذكره ابن المنذر

والمسئلة الرابعة عشرة ذهب مالك الى اباحة الحرير
الاسود لها ولبس الحلي حرام اذا لم يكن عن ضرورة والحرير حلي
وزينة فهو ممنوع بالنص الذي ذكرناه قبل هذا وهو مذكور
في نوادر ابن ابي زيد من المالكية ويجوز لبس الحرير لدفع القمل
والحكة وبعض الامراض للحاجة دون قصد التزين بذلك
والمسئلة الخامسة عشرة عن عمرو بن شعيب ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم رخص للمراة ان تحد على زوجها حتى تنقضي
عدتها وعلى ابيها سبعة ايام وعلى من سواه ثلاثة ايام ذكره
ابن المنذر وهو يرد مذهب مالك وهذه المسايل كلها على الخلاف
بين العلماء قوله وعلى الامة الاحداد اذا كانت
منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة
والمستسعاة لفوات نعمة النكاح وهي مخاطبة بحقوق الله تعالى
كالصلاة والصوم اذا لم يكن فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع
من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته في
غير فرايض الاعيان وقد تقدم في الحج وقد اوردوا ههنا سوالا
فقالوا لو وجب الاحداد للتاسف على فوت نعمة النكاح لوجب
بعد شرا منكوحته لزوال النكاح بالشرا اجابوا بان حل
ملك اليمين ينوب عنه فلم يفت الحل والنعمة من كل وجه ولقايل
ان يقول هذا الحل دون حل النكاح لانه كان سببا لثبوت نسب
ولدها بلا دعوه وهذا الحل لا يثبت به الا بعدها فلا ينوب
الادنى عن الاعلى ووجدت بخط الشيخ بدر الدين الدمشقي

رحمه الله حاشيه على الكتاب صورتها قلت وهذا السوال
ليس بشي لان الحداد يجب بعد شرايها كالعده لكنه لم يظهر لكونها
حلالا للمولى المشتري حتى لو اعتقها ظهر في الحيضة الثالثه
هكذا في المبسوط يجب العده والحداد استحسانا وفي القياس
لا ولا احداد وفي المغني والمحرم والامة فيه سوا اذا كانت
زوجه ولم يذكر خلافا وهو قول ملك والشافعي وفيه وتجتنب
النقاب كالمحرمه ولم اقف على تحريم النقاب عليها لغير الحنابله
وهي السادسه عشره من مسايل الخلاف وليس في عدة
ام الولد اذا مات سيدها او اعتقها حداد ولا في النكاح
الفاسد ولا في الوطي بالشبهه بعد التفريق حداد قال
ابن المنذر لا اعلم انهم يختلفون فيه لعدم الزوجيه ولهذا
لا يقع الطلاق في هذه المسايل وفي الاشراف قال ابن
المنذر روينا عن ابن عمر وعايشه وسعيد بن المسيب انهم
نهوا الحادة عن لبس الحلي كله وقد تقدم بعض ذلك وكان
عطا لا يكره الفضه اذا كانت عليها حين مات وان لم يكن
لا تبتدي لبسه وهي السابعه عشره من مسايل الخلاف
ورخص عطا ان تمتشط بالحنا والكتم وخالفه الناس في ذلك
وهي الثامنه عشره من مسايل الخلاف ولا ينبغي ان تخطب
المعتده ولا باس بالتعريض في الخطبه واجمعوا على منع التعريض
في الرجعه وكذا في الباين عندنا لاجل مطلقها وانما التعريض
في المتوفي عنها زوجها وفي المنهاج للنووي لا تعريض لرجعيه

ويحل في عدة الوفاه وكذا في الباين في الاظهر فالحقها بالمتوفي
عنها زوجها ولم يلحقها بها في الحداد في الاظهر ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسا الى ان قال ولكن لا
تواعدوهن سرا والسر الوطي لانه يفعل سرا وسمي النكاح
الذي هو العقد سرا لانه سبب السر الذي هو الوطي وعن
ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وقال سعيد
ابن جبير القول المعروف ان يقول اني فيك لراغب واني اريد
ان نجتمع وفي البدايع التعريض جايز في عدة الوفاه ولا
يجوز في عدة الطلاق لافضايه الى عداوة المطلق وفي الينابيع
يعرفها بالدلايل والقراين انه راغب فيها بعد انقضا عدتها
وذلك ان يقول اني اريد ان اتزوج او انا راغب فيك او اني
فيك لراغب او اني اريد ان اتزوج امراه ويصفها بصفات
هي موجوده فيها او اني لارجو ان نجتمع مسله تقدمت
تقدمت في الحداد وهي ان الحسن والشعبي والحكم بن عتيبه
ذهبوا الى انه لا احداد على المتوفي عنها زوجها واحتج اهل
هذه المقالة بان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لامراه
جعفر بن ابي طالب اذا كان ثلثه ايام فالبسي ما شيت او اذا
كان بعد ثلثه ايام شك شعبه وهو من روايه عبد الله بن شداد
ولم يسمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يلزم الاخذين
بالمرسل ان ياخذوا بهذا لان قتل جعفر بعد موت ابي سلمه بسنتين
فيكون ناسخا له وقال الطحاوي كان الحداد في بعض العدد كما في

حديث اسما بنت عميس زوجة جعفر فنسخ بحديث ام سلمه وغيرها فجعل في كل العدة وهو وهم منه فان حديث امراه جعفر متاخر كما ذكر ابن حزم وفي المغني المعتدة لا تحمر وجهها بالحمرة ولا تبيضه باسبيذاج العرايس ولا تجعل عليه صبرا يصفره ولا تنقش وجهها ولا تحففه لان ذلك كله زينة وفي الروضة للنووي يجوز التزين في الفرش والبسط والستور واثاث البيت وانما الحداد في البدن ويجوز لها التنظف بغسل الراس والامتشاط ودخول الحمام وقلم الاظفار والاستحداد وازالة الاوساخ وقد ورد عنه عليه السلام انه قال لا تجتنب الطيب الا نبذة من قسط او اظفار عند طهرها والنبذة القليل بضم النون بمعنى القطعة من ذلك يطرح للبخور في النار وليس القسط بطيب وانما هو لقطع الروائح الزفره والنظافة يقال ذهب ماله وبقي نبذ منه وبارض كذا نبذ من كلاء وفي راسه نبذ من الشيب واصاب ارضنا نبذ من المطر اي شيء يسير ذكره المنذري وروى الحديث البخاري والنسائي وابو داود بمعناه قوله

ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت الا في منزلها وفي المحيط لا باس بان تبيت في غير منزلها اقل من نصف الليل لان البيتوتة عبارة عن الكون في المكان اكثر الليل في العرف ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لانه بمنزلة السكة ولهذا لو اخرج السارق المتاع اليه قطع وفي المبسوط المعتدة تخرج الى صحن الدار ولا تصير به خارجة من الدار كالزوجة وتبيت في اي بيت شاءت منها الا ان يكون في الدار منازل لغيره فحينئذ لا تخرج الى تلك المنازل ولا الى صحن الدار لانه لانه بمنزلة السكة فتصير بالوصول اليه خارجة من منزله وفي المحيط والصبية تخرج الا في الرجعي الا باذن الزوج كالكتابية تخرج الا اذا منعها الزوج صونا لولده وتبيت في غير منزلها والمجنونة والمعتوهة تخرج كالكتابية ولو خلعها والبيت واحد يجعل بينهما سترة وكذا في الوفاة ان كان له اولاد كبار من غيرها فان لم يجعلوها تنتقل ولو انهدم البيت في الوفاة تنتقل الى حيث شاءت وبه قال ابن حنبل وقال الشافعي الى اقرب المواضع اليه كنقل الزكاة وفي الطلاق الى حيث شاء هو لان الاسكان فيه حقه ولها التحول ان اخرجها اهل المنزل او الورثة وكذا ان خافت على نفسها او مالها وليس معها رجل لانها مضطرة وان كان المطلق غايبا وطلب صاحب المنزل الاجرة اعطته باذن القاضي وترجع بها عليه ويلزمها ان تفعل ما يتوصل به الى حق الشرع وفي المبسوط ليس للزوج منع الصبية من الخروج لانه لا يتوهم منها العلوق قالوا الا ان تكون مراهقة فتكون كالكتابية وفي عدة الوفاة اجرة المنزل عليها الا ان لا تجد ما تتحول فان كفاها نصيبها من منزله سكنت فيه في العدة وان لم يكفها ورضيت الورثة بسكناها فيه لزمها السكنى فيه والا تحولت للعذر ولو كانت في السواد فخافت من سلطان

او غيره انتقلت الى المصر وفي الميت والغايب اختيار المنزل اليها
اذا تعذر المنزل الاول ولا ينبغي للمعتده ان تحج او تسافر مع
محرم او غيره واذا انتقلت لا تخرج من المكان الذي انتقلت
اليه لان الخروج كان لضرورة فنزل المسكن الثاني منزله الاول
وذكر ابن سماعه عن محمد ان المتوفى عنها زوجها تبيت في غير
منزلها اقل من نصف الليل قالوا وهذا صحيح وفي المحيط لم
يعز ذلك الى محمد وحده وفي التحفه جعله قول محمد كروايه
ابن سماعه عنه ثم منزلها الذي تعتد فيه هو المكان الذي كانت
تسكن فيه قبل الطلاق او الموت سوآ كان الزوج ساكنا
فيه ام لا حتى لو زارت اهلها فطلقها او مات عنها فانها تعود
اليه واوجب المسكن على المتوفى عنها زوجها عمر بن الخطاب
وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وابن عمر وام سلمه وبه
يقول ابن المسيب والقسم بن محمد والاوزاعي والثوري وملك والشافعي
وابن حنبل واسحق بن راهويه وابو عبيد قال ابو عمر بن
عبد البر وهو قول جماعه فقها الامصار بالعراق والحجاز
والشام ومصر وروي عن علي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس
وجابر وعايشه انها تعتد حيث شات وهو قول الحسن
وعطا والظاهريه قال ابن حزم في المحلى تعتد المتوفى عنها
زوجها والمبتوته ومن اختارت نفسها بالعتق حيث احببن
ولا سكنى لهن لا على المطلق ولا على ورثه الميت ولهن ان يحججن في
عدتهن ويخرجن الى حيث شين والمطلقه الرجعيه لا تخرج في

عدتها يتمسك ابن حزم بحديث فاطمه بنت قيس وسياتي الكلام
الكلام عليه وعن ابن جريج قال اخبرني ابو الزبير المكي انه سمع
جابر بن عبد الله يقول طلقت خالتي فارادت ان تجد نخلها
فزجرها رجل ان تخرج فاتت النبي عليه السلام فقال لها اذهبي
فجدي نخلك فانك عسى ان تصدقي او تفعلي معروفا قال ابن
حزم فهذا في غايه الصحة وقد سمعه ابو الزبير منه رواه مسلم
وغيره قلت ابو الزبير مدلس فاذا حدث بالسماع كان
حجه وعن عايشه ام المومنين انها حجت باختها ام كلثوم امراه
طلحه بن عبيد الله لما قتل في عدتها في الفتنه وفي فتوى عثمان ان
المختلعه تنتقل قال فالمنزل لا يخلو اما ان يكون ملك الميت او
ملك غيره وهو بكرى او عاريه وقد بطل العقد بموته فلا يحل
سكناه الا باذن مالكه وهذا برهان قاطع وما عداه ظلم لا خفا
فيه ولعامه اهل العلم ما رواه سعد بن اسحق عن عمته
زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت ملك بن سنان
وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جات رسول الله صلى الله
عليه وسلم تساله ان ترجع الى اهلها في بني خدره وان زوجها
خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم
فقتلوه قالت فسالت رسول الله ان ارجع الى اهلي فان زوجي
لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقه قالت فقال رسول الله
نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت في الحجره او في المسجد ناداني
رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنودي له فقال

كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من
شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت
فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان
ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به رواه
ملك في الموطا والامام احمد وابو داود والنسائي وابن ماجه
والطحاوي وابو بكر الرازي والاثرم والترمذي وهذا لفظه
وقال حديث حسن صحيح ولم يذكر النسائي ارسال عثمان
رضي الله عنه قال ابو بكر بن المنذر في الاشراف وثبت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفريعة بنت ملك
ابن سنان امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وعن مجاهد
انه استشهد رجال يوم احد فجا نساوهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل افنبيت عند
احدانا فاذا اصبحنا بادرنا الى بيوتنا فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم تحدثن عند احداكن فاذا اردتن النوم فلتؤب
كل واحدة الى بيتها ولفظه حتى اذا اردتن النوم الى آخره ذكره
ابن حزم ولم يعتل الا بارساله لان مجاهدا لم يدرك رسول الله
ويوم احد وهو تابعي كبير وعن ابن مسعود ان نسوة قتل
ازواجهن من همدان فقال بالنهار ويبتن في بيوتهن
ذكره ابن ابي شيبة واعترض ابن حزم على حديث فريعة
المذكور بانه من طريق زينب بنت كعب بن عجرة وهي مجهولة
لا تعرف ولا روى عنها غير سعد بن اسحق بن كعب وهو غير

مشهور بالعدالة ولم يوجد عند احد سواه فسفيان يقول
سعيد وملك وغيره يقول سعد والزهري يقول عن ابن لكعب
فبطل الاحتجاج به قلت لا يلتفت الى طعن ابن حزم
بعد ان حكم الترمذي بصحته فانه لا يصححه ولا يحسنه اذا كان
الحديث عن مجهول وقول ابن المنذر وثبت دليل صحته
ايضا فانه لا يقول ثبت الا في الحديث الصحيح الذي لا نزاع في
صحته ولان من حكم بصحته عنده زيادة علم ليست عند من
قال هي مجهولة فانه لم يعلم حالها وجهل من جهل لا يعارض علم
من علم وابن حزم رجل سفيه بلا تردد فيه كيف يجعل قول
عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وغيرهم من اعلام الصحابة
وسادتهم ظلما لا خفا فيه وقال ملك المتوفى عنها زوجها
اذا سافرت ترد من يومين وان تباعدت لا ترد وليس عليها
من المسيب حيث تسكن مثل ما عليها في بيت زوجها وقال
السكنى لكل مطلقة ذكر ذلك كله عنه الصفاقسي في شرح البخاري
وفي المغني لو اتاها خبر وفاته في غير منزله رجعت اليه فاعتدت
فيه وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي
اتاها نعي زوجها وهو مردود فانه لا يلزمها الاعتداد في السوق
والطريق والبرية او على ظهر جمل او حمار اذا اتاها الخبر وهي على تلك
الحال وفي الجامع الصغير لقاضي خان لا تخرج المطلقة ليلا ولا
نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا ولا تخرج ليلا قال الله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن والمطلقة قبل تخرج نهارا

حديث الفريعة بنت مالك بن
سنان قال الحاكم صحيح الاسناد
حديث صحيح الذهلي
وعن محمد بن يحيى الذهلي
انه حديث صحيح

كالمتوفى عنها زوجها لتحصل قوتها وقيل لا تخرج لرضاها بسقوط
نفقتها اذا كانت اختلعت عليها وهو الصحيح حتى لو اختلعت
على ان لا سكنى لها تسقط مؤنة السكنى عن المطلق وعليها ان
تستاجر منه منزله الذي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق ولا
يباح لها الخروج من بيت العدة فان كان فاسقا تخرج من منزله
وتسكن منزلا غيره ثم لا تخرج منه والاولى ان يخرج هو ويتركها
فيه فان جعل بينهما امينة تقدر على الحيلولة ولا يضيق المنزل
عليها كان حسنا وهكذا في الكتاب وعن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه ان رجلا طلق امراته ثلثا قال وهو يريد ان يخرج فقال
له احبسها قال لا تجلس قال قيدها قال ان لها اخوة غليظة رقابهم
قال استعد الامير وطلق يحيى بن سعيد بن العاص امراته بنت
عبد الرحمن بن ام الحكم فانطلقت الى اهلها فارسلت عايشة رضي الله
عنها وعن ابيها الى مروان اتق الله ورد المراه الى بيتها فقال مروان
ان عبد الرحمن غلبني وعن يحيى بن سعيد ان امراة طلقت بالمدينة
فسيل فقهاء اهل المدينة فقالوا تمكث في بيتها ذكر ذلك كله
ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه ومثله عن ابرهيم وسعيد بن
المسيب والقاسم وسالم وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة وسليمان
ابن يسار والزهري واختاره ابن المنذر وفي المغني المبتوتة
الحامل لها السكنى قال ولا نعلم فيه خلافا وفيه خلاف الظاهرية
وان لم تكن حاملا فكذلك في رواية وهو قول عمر وابن مسعود
وابن عمر وعايشة وفقها المدينة والثوري ومالك والشافعي

مع اصحابنا وفي رواية عن ابن حنبل لا يجب لها السكنى وهو قول
ابن عباس وجابر وبه يقول عطا وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمة
وداود الظاهري على ما ياتي تمامه في النفقات ان شا الله تعالى
واجاب الحافظ ابو جعفر الطحاوي عن حديث جابر بن عبد الله
في اذنه عليه السلام لخالته المبتوتة ان تخرج لجداد نخلها فقال
حدثنا روح بن الفرج قال حدثنا عبد الله بن محمد الفهمي قال اخبرنا
ابن لهيعة عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله قال المطلقة والمتوفى
عنها زوجها لا يخرجان من بيوتهما حتى يوفيا اجلهما فقد قال
جابر بخلاف ما روي عن خالته في الخروج لجداد نخلها في عدتها
فدل على ثبوت نسخ ذلك عنده قلت ـــــ ما انصف الحافظ
ابو جعفر في هذا كيف يعارض حديث الجداد الثابت في صحيح مسلم
بما رواه ابن لهيعة الضعيف بالاتفاق عن ابي الزبير المدلس
عن جابر بن عبد الله ولا يجوز نسخ الصحيح بغير صحيح واما خروج
عايشة باختها ام كلثوم لما قتل زوجها طلحة بن عبيد الله في ايام
الفتنة فكان ذلك للضرورة والخوف عليها من الفتنة وهو مبيح
لخروجها في العدة فلا حجة فيه وقد خالفها في ذلك كبار الصحابة
كما تقدم وفي قاضي خان تخرج الامة في عدتها في الرجعي والباين لحق
المولى وكذا المكاتبة للاكتساب والمدبرة وام الولد والمسلمه
لا تخرج في الباين وان اذن لها الزوج فيه لان العدة حق الزوج
والشرع ـــــ قوله واذا خرجت المراه مع زوجها الى
مكة شرفها الله تعالى فطلقها ثلثا او واحدة باينة او مات عنها

فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها
وان كانت ثلثة ايام وكذا الى مقصدها ان شات رجعت وان
شات مضت كان معها محرم اولم يكن لان المكث فيه اضر من
الخروج الا ان الرجوع الى منزله اولى للاعتداد فيه قال
الا ان يكون طلاقها او موته في مصر او قرية فانها لا تخرج
حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم الا ان يكون اقل من مدة
السفر فانها تخرج بغير محرم وان كانت في مصر وقالا ان كان
معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد وفي قاضي خان
طلقها او مات عنها في غير مصر فان كان الى مقصدها مسيرة
سفر والى مصرها اقل رجعت سوا كان في المصر او في المفازة
معها محرم اولم يكن وان لم يكن كل واحد منهما مسيرة سفر
خيرت سوا كان في المصر او المفازة كان معها محرم اولا والرجوع
اولى وان كان الى مصرها مسيرة سفر والى مقصدها اقل اختارت
الاقل لانه ليس بسفر وان كان كل واحد منهما من سفر وهي في
المنازل خيرت ايضا لان الخوف في المنازل اشد من السفر وان
كان في مصر لا تخرج حتى تنقضي عدتها ثم تخرج بمحرم او زوج وقالا
تخرج بمحرم في العدة ايضا وان كان الطلاق رجعيا لا تفارقه لهما
ان نفس الخروج رخصة في العدة في جهاد دفعا لاذى الغربة
ووحشة الوحدة وانما الحرمة في انشا السفر وترتفع بالمحرم
وله ان العدة في الاصل امنع للخروج من عدم المحرم فان للمراة
ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة في غير مسئلة

١٦٩

الكتاب ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير محرم ففي العدة
اولى وان كان بمحرم وهذا لان الخروج الى ما دون السفر لا يعد
خروجا لما ذكرنا ولما يخاف عليها في المقام من الفتنة فلم تظهر
الحرمة فيه ولا يمكن ذلك في مسيرة السفر لان الشرع اعتبرها
خروجا وعلق بها احكام الخروج فظهرت حرمة العدة فلا
ترتفع بالمحرم وفي المغني رجعت ان كانت قريبة لانها في حكم الاقامة
وان كانت بعيدة مضت في سفرها وقال مالك ترد ما لم تحرم
وحد القاضي القريب بما لا تقصر فيه الصلاة وفي المنهاج لو وجبت
العدة في سفر حج او تجارة فلها الرجوع او المضي فان مضت اقامت
لقضاء حاجتها ثم يجب الرجوع لتعتد في مسكنه بقية العدة وفي
المغني قال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع
والمضي لنا ما روى سعيد بن المسيب ان عمر ردهن من ذي الحليفة
حتى يعتددن في بيوتهن ولا تخرج في العدة الى حجة الاسلام
وان فاتها الحج ولو وجبت العدة بعد احرامها لزمها المقام
وان فاتها الحج لحرمة انشا السفر في حق المعتدة وعند
الشافعي وابن حنبل تخرج وجوبا وفي المبسوط ان كان مقصدها
ومنزلها دون مسيرة السفر فعليها ان ترجع الى منزلها لانها
تصير مقيمة بالرجوع وفي المضي تصير مسافرة فاذا قدرت على
الامتناع من استدامة السفر يتعين عليها ذلك وان كان الى
كل واحد منهما مسيرة سفر خيرت بين الرجوع والمضي اذا لم يصلح
مكان الطلاق والموت للاقامة كالمفازة سوا كان معها محرم اولم

يكن وينبغي لها ان تختار اقرب الجانبين وان كانت في مصر او قرية
تقدر على المقام فيها فليس لها ان تخرج اذا كانت الجهتان مسيرة
سفر عند ابي حنيفة حتى تنقضي عدتها وعندهما ان لم يكن معها محرم
فكذلك وان كان معها محرم فلها ان تخرج الى اي الجانبين شاءت لانها
غريبة في ذلك المكان والغربة تؤذي وتقصد بالجفا ومن تصبر
على الاذى فكانت مضطرة الى الخروج كالمفازة ولابي حنيفة
رضي الله عنه طريقان احدهما ما ذكرناه والثاني انها الى
الان تابعة للزوج في السفر والاقامة وقد زال ذلك فيكون
منشئة سفرا من موضع امن وغوث والعدة تمنعها من ذلك
كما لو كانت في منزلها بخلاف المفازة فانها ليست بموضع اقامة
وقالوا على هذا اذا كانت قد سافرت مع محرم بغير زوج فاتاها
خبر موت زوجها او طلاقها لا يكون عليها المقام فيه عند
ابي حنيفة لانها ماضية على سفرها لا منشئة سفرا وفي
البدايع اذا كانت الجهتان مسيرة سفر مضت او رجعت
وبلغت ادنى المواضع التي تصلح للاقامة اقامت فيه واعتدت
ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند ابي حنيفة ومثله
في المحيط وفيه والبدوي لو طلق امراته فاراد نقلها الى
مكان اخر في الكلا والماء فان لم يتضرر بتركها في ذلك الموضع
في نفسه او ماله فليس له ذلك وان تضرر فله ذلك اذ الضرورات
تبيح المحظورات وفي الطلاق الرجعي لا تخرج الا مع زوجها وفي
البائن مع من شاءت مسئلة السقط اذا استبان بعض

اذا كوتب فدخل اولادها في كتابتها سعوا حتى يعتقوا بادائها وليس عليهم شي
من البدل فلما امكن ان يجعل سعيا السعي عن سقط الرهن فيسعون به الحاضر ولما لب
الحاضر يحل البدل لان المال كله عليه وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول
اما الحاضر فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما الغائب فلانه ينال به شرف
الحرية فيجبر المولى على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين
الى المرتهن يجبر المرتهن على القبول منه لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على صاحبه بشي اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه
وذلك كالمكاتب اذا ادى ولده في الكتابة فانه اذا ادى لم يرجع على ولده بشي لما
قلنا واما الغائب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر من جهته بل طلب نفعا
فيه الخلاص كمعير الرهن لانه مضطر فيه لانه يفوت ملكه الثابت وان وهب
المولى الكتابة للحاضر عتقا لان الكل عليه فيسقط بالمكاتبة ادائه وان وهبها
للغائب لم يعتقا لانه لا شي عليه فلا تصح الهبة وان قبل العبد الغائب العقد
فهو لغو والكتابة لازمة للشاهد كما لو لم يقبل لان الكتابة نفذت عليه من كان اجازته م
غير قبوله ولا تتغير بقبوله كمن كفل بغير عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه
باطلة ولا تغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هنا وليس للمولى ان ياخذ الغائب
بشي من البدل لانه لم يلزمه شيا بل هو تبع العبد لو ابرا المكاتب ولو وجد نح م
ولد المكاتب يسقى لها هذا فان حرر المولى العبد الغائب عتق لانه ملكه وسقط
حصته من الكتابة لان المال مقابل بالرؤس في حق المولى والحاضر انما جعلناه المكاتبة
تابعا لا حصة له في حقه لئلا يتضرر به فاذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى
يؤدي حصته وان حرر الحاضر عتق وبطل عنه حصته من الكتابة ويؤدي المكاتبة
الغائب حصته حالا والا رد في الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب

ولو كاتب عبدٌ على نفسه وعلى ابن صغير له فهو كالعبد الغائب لانه لا ولاية
له عليه فصار ابنه المملوك لمولاه كمملوك آخر سواء بل هذا اولى لان ولده
او ابنه من الاجنبي ولذا لو كاتبت امة على نفسها وعلى ابن لها صغير يكون
وليس جواز العقد منها على ابنها بطريق الولاية اذ لا ولاية للام الحرة على ولدها
فكيف تثبت للامة ولكن الامة جعلت نفسها اصلا في الكتابة فيجوز عليها
قصدا وعليهما تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر عن عبد للمولى غائب وايهما
ادى لم يرجع على صاحبه بشيء لما مر ويجبر المولى على القبول لما بينا ان المؤدي متبرع
بما يؤدي ويعتقون لما مر كاتب عنه كتابة صحيحة فاداه عنه غيره بلا امر
صح وعتق ولا يرجع لانه متبرع ولو ادى بضمان بامر العبد رجع على العبد لادائه
بامره او على سيده لفساد ما بني عليه الاداء وهو الضمان وان اسند ان العتق
واداه بعجز لا يرجع ولو زاد شيئا في قيمته شاع فيه وان كاتب عبديه كتابة واحدة
على الف درهم على انهما ان اديا عتقا وان عجزا ردا في الرق صح الجعل استحسانا
لما مر في الكفالة وان ادى احدهما حصته لا يعتق وقال زفر يعتق كل واحد منهما
بلزمه كتابة نفسه وحصته لحصة صاحبه ولنا انه علق عتقهما باداء
الكل لانه قال ان اديا عتقا فلا يعتق احدهما باداء حصته مكاتب قال اذا
عتقت فثلثي وصية او وصيت بثلثي صح وان قال اوصيت بثلث مالي ثم عتق
بطل اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم منها باطل وهو الوصية بعين
من اعيان ماله لانه لا يملك له حقيقة وهو تبرع محض فلا يصح وان ملك ذلك
بعد العتق ثم اوصى بعين لا يملكه ثم ملكه وقسم يجوز اجماعا وهو ما اذا اضاف
الوصية الى ملك بعد العتق بان قال اذا عتقت فثلث مالي للفلان وصية او
فقد اوصيت له بثلث مالي حر اذا اعتق ثم مات فللموصى له ثلث ماله لانه صح

باضافه

١٧١

باضافة الوصية الى الملك فقبل الوصية وقسم باطل عند ابي حنيفة صحيح عندهما
وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق وهذا بناء على ان للمكاتب نوع ملك
حقيقة وهو ما بعد العتق ومجازا وهو ما قبل العتق فعنده ينصرف الى المجاز
فوقع باطلا وعندهما الى الحقيقة فيصح مكاتب اوصى رجلا بان يحرر عبده عنه او
يهبه او يتصدق عنه ثم عتق المكاتب او بلغ الصبي فلم يجز العبد فهو باطل
لبطلان اهليتهما حتى لو فعل الوكيل يتوقف على اجازتهما وكل عبد محجور رجلا بان
يزوج له امرأة او يشتري له شيئا وفعل الوكيل بعد عتقه صح لان العبد اهل
للشراء وانما لم ينفذ الوكالة لحق المولى فاذا زال بالعتق نفذت الوكالة وان اشتراه
الوكيل قبل عتقه نفذ عليه لان الشراء لا يتوقف رجل قال لعبده ان لم امرك
فانت حر او من العبد الى رجل وله ولد حر صغير وله مال ومات ولم يوص عتق
ولغا ايصاؤه لانه انما يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته ليتحقق الشرط عنده وذلك
زمان يسير لا يسع التصرف فيه فلا يصح ايصاؤه

باب كتابة العبد المشترك

عبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب
نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب نفذ في حصته فقط عند ابي
حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده لانها تفيد الحرية يدا فيقتصر على محل الاعتاق من هذا
الوجه وليس للشريك الفسخ لانه باذنه وفائدة الاذن بالكتابة فان
ادى الفا حظه ولا يعتق نصيب شريكه لا برضاه ولكن يسعى العبد في نصيب الساكت
وان ادى بعض الالف او كله يسلم له وليس للساكت ان ياخذ منه نصفه لان
اذنه تضمن الاذن للمكاتب بالاداء والاذن بالاداء يمنع منه نصيبه
من الكسب على المكاتب وقبض المكاتب فيسلم كله له كرب الوديعة
اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يسترد رب الوديعة عليه

سبيل وكذا هذا الاداء ابقاه قبل الاداء اصح بهبة لانه تبرع لم يتم ولو اذن
وهو مريض وادى من كسبه بعد الكتابة صح من كل ماله لان الكسب اذا لم يكن
موجودا حالة الاذن والاذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث وانما
تبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها في اداء بدل الكتابة وتبرع المريض
بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال لان حق الورثة يتعلق باعيان الاموال
لا بالمنافع وان كان هذا الكسب قبل الكتابة فاذن له في الكتابة والقبض منه
يعتبر من الثلث لانه تبرع بعين ماله لانه حين الاذن كان الكسب قائما يتعلق
حق الورثة به وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة
الكل فاذا كاتبه يكون مكاتبا نصيبه بحكم الملك ونصيب شريكه بحكم التوكيل
والاذن فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما واذا قبض المكاتب شيئا
يكون بينهما قبل العجز وبعده ولو كان بلا اذن صاحبه يكون له حق الفسخ عند
الكل وان لم يفسخ حتى بدل الكتابة عتق حظه عند ابي حنيفة وللساكت ان ياخذ
من الذي كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك ثم يطالب
ان كاتب حظه بالعتق يرجع على المكاتب بشيء مما اخذ منه شريكه لانه لم يسلم
للعبد منه الا نصف البدل ولم يسلم للمولى الا نصف البدل فيرجع بالنصف
الاخر وعندهما اذا ادى بدل الكتابة يعتق كله ويغرم المكاتب لشريكه نصف
قيمته ان كان موسرا كما لو اعتقه احدهما بغير عوض وللساكت ان ياخذ من
العبد نصف ما بقي في يده من الاكساب لانه كسب عبد مشترك ولو كانت
امة بينهما كاتبها او حظه منها باذنه صارت مكاتبة لهما اما عنده فلان الكتابة
تتجزأ فبعد كتابته حل في نصيبه واما عندهما فلان الاذن بالكتابة نصيبه
صار مكاتبا وللاخر حق الفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصفه وانما

[illegible]

قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك ويعتق عتق نصيب
كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا
فالولاء لهما عندهم وان عتق احدهما صار مكاتبا بينهما حتى يعتق احدهما عتق نصفه
عند ابي حنيفة ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا ان
يعجز المكاتب فيضمن القابض نصيب صاحبه ان كان موسرا او يسعى المكاتب في نصف
قيمته ان كان معسرا عند ابي يوسف وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن
بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار يسعى في ذلك امة بين رجلين كاتباها
فوطئها احدهما فولدت ولدا فادعاه ثم وطئها الاخر فولدت ولدا فادعاه
فعجزت فهي ام ولد للاول ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للاخر ويضمن شريكه
كل عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه وايهما دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا
قول ابي حنيفة وعندهما هي ام ولد للاول وهي مكاتبة على حالها وعليه نصف
قيمتها لشريكه عند ابي يوسف وعند محمد عليه الاقل من نصف القيمة ومن
نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الاخر ولا يكون
الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف
في تجزي الاستيلاد للمكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد
القنة لا يتجزأ اجماعا واستيلاد المدبرة يتجزأ اجماعا واذا عرفنا هذا
نقول لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله
في نصيبها ملك وهي تكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له ولم
يملك نصيب صاحبه وبقي نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا
عند ابي حنيفة وقالا يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها ام ولد له لان تكميل
الاستيلاد واجب ما امكن الا ترى انه لو استولد امة مشتركة بينه

فهي ام ولد للمستولد لامكان التملك لانها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان
الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد وجعلناه
وفسخنا الكتابة في حق التملك مستندا فانه لا يحتمل ويقتصر على نصيب المستولد
لانه لا يمكن تكميلها اذ المدبر مانع للنقل من ملك الى ملك فان قيل هلا قلتم
بفسخ الكتابة فيما لصحة الاستيلاد قلنا في تجويزه ابطال الكتابة اذ
المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تنفسخ فيما
يتضرر به المكاتب ولنا ان الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل
النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد
على نصيب المستولد والكتابة لازمة كالتدبير فلا يقبل النقل من ملك الى
ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة اذ لو صارت كلها
ام ولد لانتقل الملك الثابت في نصف المكاتبة اذ لا تقبل الفسخ لانها عقد
لازم والكتابة مانعة للنقل فاذا جاءت بولد اخر وادعاه الاخر فقد ادعى
نسب ولد امة نصفها ملك له فصح دعوته وثبت نسبه منه فاذا
عجزت المكاتبة بعد ذلك جعلت كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد ح
للاول لان المقتضي لتكامل الاستيلاد موجود والمانع من التكامل الكتابة
فاذا انفسخت الكتابة عمل المقتضي عمله من حين وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار
للبايع اذا اسقط الخيار يثبت الملك له من وقت وجوده فيضمن للاخر نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه بتكامل الاستيلاد ويضمن عقرها وقيمة الولد
والولد الاخر للاخر وهو حر بالقيمة لان الاخر بمنزلة المغرور لانه وطيها
على ظن ان نصفها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة انه لا ملك له وولد
المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولانه وطي ام ولد الغير حقيقة فلزمه

الكتابة م

[illegible]

كل العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان العقر حقها حال قيام الكتابة
لاختصاصها بنفسها واذا عجزت يرد الى المولى لانه ظهر اختصاصه وهذا كله
قول ابي حنيفة وعندهما هي ام ولد للاول تكميلا للاستيلاد لانه يمكن فسخ الكتابة
لما مر واذا صارت كلها ام ولد له فوطي الثاني صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب
الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة ولزمه كل العقر لان الوطي لا يخلو عن
الضمان الجابر او الحد الزاجر وتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر وبقيت
الكتابة عندهما وصارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان
الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل
الكتابة والجمهور على انها مكاتبة له بجميع بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري
فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي العقد الاول كما كان
والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بنفسها وابدال منافعها ولو عجزت
وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه ثم قال ابو يوسف يضمن الاول
لشريكه مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه من المكاتبة فيضمن قيمته مكاتبا
موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا يختلف باليسار والاعسار وقال
محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك
اما في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء او في نصف بدل الكتابة على
اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل وان لم يطاها الثاني ولكن دبرها
ثم عجزت بطل التدبير عندهم اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز
واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها ام ولد للاول وانه لم يكن فيها ملك
تام والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث
الظاهر يكفي لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور واما التدبير فلا

[illegible]

بطل التدبير والولادة
باستحقاق الام

ثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها فاستحقت لم يبطل النسب
وكان الولد حرا بقيمته ولهذا صارت هي ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه قبل
الاستيلاد ولا ضمان الحمل ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه يملك نصفها
بالاستيلاد ونصف عقرها بالوطء امة مشتركة بينهما والولد للاول لصحة دعوته
على ما مر وهذا قولهم وان دبرها الاول او استولدها او اعتقها فى حصته
اى صار نصيبه مدبرا او ام ولد او معتقا ونصيب الساكت مكاتب على حاله
عند ابى حنيفة اما فى الاول والثانى فلان التدبير يتجزى ولهذا الاستيلاد
الحاصل عنده لما مر ان الكتابة مانعة من التمليك فيتجزى الاستيلاد دون
ولا ضمان ولا سعاية لان نصيب الساكت لم يتغير وعندهما صار كلها مدبرة وام
ولد للمدبر او المستولد لعدم التجزى ويضمن نصيب الشريك موسرا كان او
معسرا لانه ضمان تملك واما فى الثالث فلان الاعتاق عنده يتجزى فبقى نصيب
الاخر مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية لانه ان مضت على الكتابة لان نصيب الساكت
لم يتغير عما كان عليه وبقى مكاتبا كما كان فلم يتلف المعتق شيئا عليه فلا
يضمن وعندهما لما كان لا يتجزى عتق الكل فله ان يضمنه ان كان موسرا او يستسعى
ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق ويختلف باليسار والاعسار لكن عند ابى يوسف
يضمن نصف قيمتها وعند محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة
ثم اختلفوا على قول ابى يوسف فقال بعضهم نصف قيمتها قنة لان الكتابة انفسخت
فى نصيبه سابقا على العتق فيحصل العتق من جهة المعتق وقال بعضهم يضمن
نصف قيمتها مكاتبة وهو الصحيح لان سبب الضمان الاعتاق والاعتاق
صادف المكاتبة والمكاتب لا يوجب قيمة القن وان عجزت ضمن المعتق لشريكه اتلافه
نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابى حنيفة لانها لما عجزت ردت فى

الرق فصارت كانها لم تزل قنة فصار المعتق متلفا نصيب الشريك بالاعتاق
السابق فيضمن قيمته كاملة عبد بين اثنين اعتقه احدهما فعتق ان كان معسرا له
خيار الاعتاق والاستسعاء وان كان موسرا له ان يعتق نصيبه او يستسعى او يضمن
شريكه ويرجع به الشريك على العبد وكذا ان كان موسرا ايضا ولم يرجع وان كان
معسرا استسعى ويقع هذا فى الاعتاق عبد بين رجلين حرين احدهما
ثم دبره الاخر لم يكن للمدبر ان يضمن المعتق ولكنه ان شاء اعتق وان شاء استسعى
وان دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فللمدبر ان يضمن المعتق قيمة
نصيبه مدبرا وان شاء اعتق وان شاء استسعى وهذا عند ابى حنيفة واصله
ان التدبير والاعتاق يتجزآن عنده فاذا اعتقه احدهما اولا بقى نصيب المدبر
على ملكه ووجب له حق التضمين او الاعتاق او الاستسعاء لكن حق التضمين
لم يجب الا بصفة التمليك والمعاوضة فاذا دبر نصيبه فقد اختار
الاستسعاء على ملكه عادة وحكما فلم يبق له ولاية التضمين لانه لو ضمنه
لصار ذلك ضمان جناية حالة فيصير عبدا للمستوفي فيبقى له خيار الاستسعاء الاعتاق و
لانهما الا بما اذا دبر وعندهما لما اعتق احدهما نصيبه اولا عتق كله
لانه لا يتجزى فبطل تدبير الاخر لانه صادف الحر ويضمن نصف قيمته ان كان
موسرا ويسعى العبد فى ذلك ان كان معسرا لانه ضمان الاعتاق فيختلف
باليسار والاعسار واذا دبره احدهما اولا اقتصر على نصيبه وبقى
نصيب صاحبه على ملكه فاذا اعتق صح اعتاقه وفسد به نصيب
المدبر وبقى على ملكه فان شاء اعتق وان شاء ضمن وان شاء استسعى فالذى
لم يدبر الا انه يعتبر فى التضمين والسعاية قيمته مدبرا لان الاعتاق
صادف المدبر وقيمته تعرف بالرجوع الى تقويم المقومين عند

النقض وقد بينا المختار في كتاب العتاق وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما لو غصب مدبرا أو أبق فإنه يضمن ولا يملكه وهذا الإعتاق لم يوجب الضمان إلا بصنعه العدوان لعدم التدبير المانع من نقل الملك فلم يكن في اختيار التضمين سبيل على الشيخ فافهما وعندهما (حق نحو) إذا دبره أحدهما أولا صار كله مدبرا ويملك نصيب صاحبه لأنه لا يتجزأ وبطل العتق من الآخر لأنه صادف مملوك الغير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن قيمته قنا لأن التدبير صادفه وهو قن عبد وابنه بين شريكين كاتبهما أحدهما كتابة واحدة بغير إذن شريكه فمات الأب وترك مالا واكتسب الولد اكتسابا بعد موته أو قطعت يده فللساكت نصف ما ترك الميت ونصف أرش الولد ونصف كسبه لأنه كسب عبده لأن نصيبه منهما بقي عبدا له عند أبي حنيفة ثم المولى المكاتب يأخذ بدل الكتابة من الباقي ويعتق نصيبه منهما ويضمن نصيب الساكت منهما إن كان موسرا أو يجب السعاية إن كان معسرا وسعاية الأب يؤخذ من تركته لأنه عاجز عن السعاية ولا يرث الابن أباه لأن نصفه عبد للساكت ولا يملك الساكت نقض الكتابة بعد موت الأب لارتفاع الكتابة بعد موت المكاتب لغرضه حصول العتق ولا يظهر في حق النقض مقصودا

باب عجز المكاتب وموته وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل الحاكم بتعجيزه وانتظر عليه يومين أو ثلاثة فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة أو يفسخه برضاه وأصله أن السنة في الكتابة التأجيل والتنجيم والتيسير فإن حل نجم فلم يؤد حصته كان للمولى حق الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد إلا أن يكون له مال

حاضر أو غائب يرجى قدومه فيؤخر يوما أو يومين أو ثلاثة لا يزاد عليه وقال أبو يوسف لا يفسخ ولا يرد في الرق حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بالشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا أمر لا يعرف قياسا فكان المروي عنه كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز إلا بتوالي النجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل ثبوت دليله ولهما أنه لما منع نجما حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق إلا بعد مضي الإمهال إبلاء للعذر وأحق (حق م) الآجال ما أجمع عليه العاقدان فإذا مضى النجم الثاني يتحقق العجز فوجب ولنا (الفسخ م) ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبه عجز عن نجم فرده في الرق وليس في حديث علي رضي الله عنه أنه إذا انكسر نجما ما حكمه فهو مسكوت عنه (كسر م) على ما عرف من مذهبنا ولأن المقصود بالعقد وجاب المولى بعين المسمى عند انقضاء النجم الأول وأنه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لأن الكتابة قابلة للفسخ والإخلال بالنجم الواحد إخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه لفوات وصف السلامة في المبيع ولأنه لما مضى النجم كان كأنه كاتب على ذلك العقد حالا ولو كان كذلك لعله إما أن يعجل وإما أن يرد في الرق ولم يؤجل إلا أن يكون له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه ولم يرد في التأجيل على ثلاثة أيام لما بينا وأما التأخير إلى ثلاثة أيام فلأنه أمضى الموجب العقد لأن الأداء إنما يتوجه بعد انقضاء النجم ولا بد للأداء من زمان فاستحسنا هذا القدر على أن يكون من باب التعجيل دون التأخير نظرا لهما ولأن القدر أدنى مدة ضربت للإبلاء للأعذار كما في قصة

الاحبار وشرط الخيار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع اى
اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع بنفسه حاضره فانه يمهل ثلثه ايام وامهال
المديون للقضا فانه اذا اقر بدين وسال ان يمهل ثلثه ايام ليحضر المال او ليبيع
عقارا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن ادائه ولم يحبسه به فان
اخل بنجم فرده مولاه عند غير السلطان برضاه فهو جائز لان الكتابة تحتمل الفسخ
بالتراضي بلا عذر فبعذر اولى وان لم يرض به العبد فلا بد من القضا
بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضا او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض
وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد المشترى
عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشترى بالفسخ واذا عجز المكاتب عاد الى احكام
الرق لان الكتابة قد انفسخت وما في يده من الاكساب لسيده لانه ظهر انه كسب
عبده وان مات المكاتب وله مال لم ينفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم
بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهو
قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماونا وقال زيد بن ثابت رضي الله
عنه ينفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول الشافعي
لان العقد لو بقي لبقي ليحصل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا
لانه لا يخلو اما ان يثبت العتق قبل الموت او بعده مقصورا او مستندا لا
وجه للاول لعدم شرطه وهو الاداء والشي لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان
الميت ليس بمحل لثبوت العتق لما فيه من اثبات قوة المالكية وذا لا يتصور
في الميت ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر اسناده لان
الشي يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه
وهو الاداء وهذا خلاف ما اذا مات المولى فانه يبقى العقد بعد موته ويعتق

المكاتب صح

١٧٦

بالاداء الى ورثته وصار المولى معتقا له لان الميت يجوز ان يكون معتقا الا ترى
انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا ولنا
انها عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احد العاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت
الاخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين
فاذا جاز ابقا العقد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده وهو
شرف الحرية بل اولى لان الذي استحقه المولى عليه ليس بلازم حتى لو عجز نفسه عن
اداء البدل بطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطل ليس
له ذلك فاذا لم يبطل حقه بموت المكاتب وانه الزم اولى ان لا يبطل ولان
الموت انفى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن المقدور به والمقهور
والمالكية عبارة عن القادر به والقاهر به ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا
ولا يوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادرية والقاهرية منه للمقدورية
فاذا جاز ابقا العقد مع ادنى المنافيين لا على الكاملين اولى واحرى واما ما
ذكر من التدبير فنقول انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا فلا
للعتق فقدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في قبيل موت المولى ولهذا قدرنا
الميت بعد موته حيا ومالكا لامواله فيما يحتاج الى قضا دينه وتنفيذ
وصيته والجمهور على انه يعتق في اخر جزء من اجزا حياته اما لان سبب الادا
موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه ويجعل اداء خلفه كادائه بنفسه
فان قيل الادا فعل حسي والاسناد انما يكون في التصرفات الشرعية قلنا
نعم ولكن فعل النايب مضاف الى المنوب ويفيد الاضافة شرعية الا ترى
ان من صيد فمات قبل ان يصيبه ثم اصاب صار مالكا له وورث عنه
والميت ليس باهل ولكن الماضي السبب والملك يجب بعد تمام السبب و

العقد
يجوز انعقاد
الولاء وكذا يجوز
بعد موت المكاتب كاخته
اليه ليصل الى المقصود
وهو
صح

به

والمقهور به صح

[illegible]

ملكا

مه

بالاصابة وهو ليس باهل له فيثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من اجزاء حياته مقتصرا هنا لما ان السبب متقدم وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء حاصل بعد الموت والحكم فهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت فالملك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته واما بان يقام الترك الموجود منه في آخر جزء من اجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه وان ترك ولدا ولد في كتابته ولم يترك وفاء اي يترك مالا يفي ببدل الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكم بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد دخل في كتابته وكسبه كسبه فيخلفه في الاداء وصار اداؤه كاداء ابيه وصار كانه مات عن وفاء ولو كاتب امته على انه بالخيار ثلثا فولدت في مدة الخيار وماتت وسعى الولد في حياتها وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف وله ان يجيزها واذا اجاز سعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في آخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد بطل الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقامها اذا كان ولد المكاتبة وهو لم يصر ولد المكاتبة بعد ولهما ان في ابقا العقد فايده بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها ويبقى العقد في حق الام تبعا له في حق الولد فيستند الى وقت الانعقاد وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان يؤدي بدل الكتابة حالا والا رد في الرق عند ابي حنيفة وعندهما يؤديه على نجومه لانه كاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة ولهذا انه صار بحيث يملك المولى اعتاقه كاعتاق المكاتب بخلاف سائر اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه وله ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا وتمام الكتابة [illegible]

وكان

وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع والاجل اذا بطل صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه ما قد دخل في حكمه ويسعى على نجومه مكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما ادى بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في آخر جزء من اجزاء حيوته فيحكم بعتق ابنه في ذلك الوقت لانه تابع له فهو حر مات عن ابن حر فيرثه وكذا ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لانهما كانا كشخص واحد فاذا حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت فظهر انه مات عن ولد حر فورثه ولو مات المكاتب وترك مالا وولدا احرارا وولدا كوتب معه او ولد في كتابته وترك وصيا فالوصي يؤدي بدل كتابته من ماله ويعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته ويرثه اولاده اما الولد الحر فظاهر وكذا الآخران لانهما يعتقان من وقت عتقه تمام ويملك الوصي بيع العروض لانه من باب الحفظ ولا يملك بيع العقار والدراهم والدنانير لانه ليس من باب الحفظ ولا يرث المولود من الولد الحر ان مات الولد الحر قبل اداء بدل الكتابة لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر استناد العتق فيه وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة وترك وفاء فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بعجز المكاتب والفرق ان القضاء في المسئلة الاولى يقرر حكم الكتابة لان من قضيته ابقاء الكتابة ان يكون الولد ملحقا بموالي الام والعقل عليهم مع احتمال ان يعتق الاب فيجر الولا الى موالي الاب فلم يكن القضاء بما يقرر حكم الكتابة فسخا للكتابة وفي المسئلة الثانية الاختلاف وقع في الولا مقصودا وذا يبتنى على قيام الكتابة وانتقاضها لان الكتابة ان انتقضت حكما فانما يستقر الولا على موالي الام ومات عبدا

فان بقي كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما عتق الاب بالاداء وانتقل الولاء
الى موالي الاب واستقر عليهم واذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل
مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وكان تعجيزا وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب لسيده لانه تبدل الملك لان الصدقة كانت ملكا للمكاتب ثم
صارت للمولى بالاداء وتبدل الملك يبدل العين في الشريعة فقد روي ان بريرة
كان يتصدق عليها وهي تهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيتناول منها
ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف الفقير اذا اباح للغني او للهاشمي [illegible]
عين ما اخذ من مال الزكاة من الطعام فانه لا يحل لان الملك لم يتبدل لان المباح له
يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له
ولو ملكه يطيب له هذا اذا عجز بعد الاداء فلو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك د
يطيب للمولى وان كان غنيا اما عند محمد فظاهر لان المذهب عنده ان المكاتب
اذا عجز يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ فيتبدل الملك واما عند ابي يوسف فكذلك
في الصحيح وان كان قياس مذهبه يقتضي ان لا يتبدل الملك بالعجز عنده بل يتقرر ملك لا يحل لانه
المولى بالعجز وصار كان الصدقة وقعت من الاصل للمولى ولو كان كذلك لحرمت
عليه اذا كان غنيا الا انه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لانه
اذلال به لان بالصدقة تسقط الذنوب عن المتصدق ويصير المتصدق عليه
كالآلة للمتصدق في سقوط الذنوب عنه وليس للمسلم ان يذل نفسه
الا عند الحاجة والضرورة ولهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا اليه ولا فرق
لان له زيادة حرمة وشرف لنسبه ولا احتياج هنا من المولى وصار كابن
السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى والمكاتب اذا عتق واستغنى
يطيب لهم ما بقي من الصدقات في ايديهم واذا اجر المكاتب امته ظئرا او اجرت
المكاتبة

المكاتبة نفسها ظئرا لم ينتقض الاجارة بالعجز عند ابي يوسف وعند محمد ينتقض
لان المولى يملك اكسابه بالعجز ملكا مبتدأ فكان العقد واقعا للمكاتب ولو بقي
لبقي للمولى وهذا لا يكون كما اذا مات المؤجر او المستأجر ولابي يوسف ان العقد
ورد على منافعها وهي مملوكة للمولى من وجه وللمكاتب من وجه لان المكاتب رق
والرق باق في الملك ويستعمل للمولى قائم وهو ملك الرقبة الا انه سلبه [illegible]
نوع ملك اذا ابطلت الكتابة فالعجز يقرر ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر
للمكاتب بالعتق وعبد جنى فكاتبه سيده وهو لا يعلم بالجناية فعجز يقال له اما
ان تدفعه او تفديه لانه لما كاتبه وهو لا يعلم لزمه قيمته لان احسان للفداء
لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله فتلزمه قيمته كما لو باعه فاذا زال المانع قبل
انتقال الحكم عن الرقبة عاد موجب الدفع او الفداء ولو ان جنى المكاتب ولم يقض به
حتى عجز فانه يدفع ان زال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز كان بعد قيمته دينا
عليه يباع فيه لان الحق قد انتقل من رقبته الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي
حنيفة ومحمد وقول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو قول زفر اذا عجز
قبل القضاء بيع ايضا وجه قوله ان جناية المكاتب عنده لا توجبها الا بالقضاء
او برضا او بالموت عن وفاء وعنده يصير مالا في الحال له ان المانع من
الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يصير موجبه للقيمة بنفس
الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولهما ان الاصل في جنايات العبد وجوب
الدفع الا انه يعدل لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك والمانع هنا التسليم
قابل للفسخ والزوال فلما دار المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي
الا بالقضاء او الرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض لا ينفسخ البيع الا بالقضاء ابق
لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت متقرر

لا يقبل الزوال فوجبت القيمة بلا توقف وإن صالح المكاتب عن دم عمد أقر به
ولم يؤد بدل الصلح حتى عجز رد في الرق فالصلح في حق المولى فاسد ولا يؤخذ به إلا
بعد العتق عند أبي حنيفة لأن الصلح عن دم العمد ليس من التجارة ولا من الكسب
لأنه بذل المال لا عن المال فلا ينفذ على المولى إلا أنه يطالب به في حال الكتابة لأنه لا
ساوى حق المولى لأنه يجب في ذمته ويؤدي من كسبه والآن صار حق المولى فلم
يصح وعندهما يؤخذ به في الحال لأنه دين وجب عليه واستقر وجوبه لأنه صلح
وله ولأنه الصلح فلا يبطل بعجزه كدين الشراء والاستهلاك وإن أقر مكاتب بأنه
افتض بأصبع حرة أو أمة أو صبية فعند أبي حنيفة هذا إقرار بالكتابة يؤخذ به
ما دام مكاتبا فإذا لم يؤخذ به حتى صار قنا وقال محمد رحمه الله هذا إقرار
بالجناية إلا أنه إن قضي عليه لم يسقط بعجزه لتقرره وإن لم يقض به عليه لم
يؤخذ به بعد العجز لعدم تقرره وقال أبو يوسف هو إقرار بالمال فيلزمه في الحال
وبعد العجز لأنه إقرار بالمال ارتد مسلم وله عبد فكاتبه ابنه فقتل المرتد
بطل عقد الكتابة وعندهما جاز الكتابة لأن ابنه المسلم يرث ماله في وقت
ردته فظهر أنه كاتب عبد نفسه ولنا أنه كان على ملك الأب حين كاتبه الابن
فلا ينفذ تمليكه بعتقه مكاتب ارتد ولحق بدار الحرب يتوقف أمره فإن مات
أدى بدل الكتابة من ماله وقسم ما بقي بين ورثته وإن عاد مسلما يسلم ماله إليه
وعندهما لحاقه كموته فيؤدي كتابته من كسبه ويحكم بعتقه كما هو الجواب وإن
مات سيد المكاتب لم تنفسخ الكتابة لئلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب وهذا
لأن الكتابة سبب العتق وسبب حق المرحمة فلا يبطل بموته كالتدبير والاستيلاد
وقيل له أداء المال إلى ورثة المولى على نجومه لأن استحقاق الحرية له بهذا الطريق
والسبب انعقد على هذا الوجه فيبقى بهذه الصفة ولكن الورثة يخلفون

المورث

عجز صح

كان صح

المورث في الاستيفاء فإن حرروه عتق وسقط مال الكتابة وإن أعتقه أحد
الورثة لا ينفذ عتقه وقال الشافعي عتقه صحيح لأن المكاتب يورث لأنه مملوك
والمملوك يورث وصار كإعتاق الكل ولنا أنه أضاف التصرف إلى ما لا يملكه
فيلغو كأحد الشريكين إذا أعتق نصيب شريكه فإنه يلغو أو نقول إن المكاتب
لا يورث لأنه سبب ملك ولا يملك بسبب من أسباب الملك على أسس الوراثة
والقياس في إعتاق الكل أن لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم من بدل الكتابة لإضافتهم
التصرف إلى ما ليس بملكهم وإنما حكمنا بعتقه استحسانا لأن إعتاقهم مسقط
لبدل الكتابة إذ هو حقهم وقد جرى فيه الإرث صونا للكلام عن الإلغاء فبراءته
عن بدل الكتابة سبب لعتقه كما لو أبرأه المولى وكما لو أقر بما أبرأه عن
بدل الكتابة بخلاف ما إذا أعتق بعضهم لأن إعتاق البعض لا يسقط عنه شيئا
من بدل الكتابة ألا ترى أنه إذا أعتق بعضه بالبيع هو المولى لا يسقط عنه
شيء من بدل الكتابة ولا يصير إبراء عن نصيبه لأنا لو جعلناه إبراء اقتضاء لصححنا الإعتاق فيهم
والعتق لا يثبت بإبراء البعض وإذا انتفى لا في بعضه ولا في كله فلا يثبت الإبراء
لأنه إذا لم يثبت المقتضى لا يثبت المقتضي ولا حاجة أن يثبت الإبراء عن الكل
لأن الكل حق الكل لاحقه أمة بين مكاتبين ولدت فادعياه ثبت نسبه منهما
لأن كل واحد منهما مالك من وجه ويكاتب الولد معهما وصارت الأمة
أم ولد لهما حتى لا يصح بيعها فإن أديا بدل الكتابة معا أو متعاقبا عتقوا
دونها وإن أدى أحدهما دون الآخر عتق هو وعتق حظه من الولد ولا ضمان
على المؤدي لأن عتق الولد ثبت حكما لعتقه لا بفعله ولا سعاية على الولد
لشريكه لأن الأب يسعى بحريته ولده لأن بهذا العقد اتسع ليحصل الحرية
لنفسه ولولده فلا يسعى الولد وصار نصف الأمة أم ولد الحر

والنصف الاخر على حاله فان عجز بعد ما زال المانع من تحمل الاستسعاء فصارت كلها
ام ولد المعتق وضمن الحر نصف قيمتها للمولى العاجز موسرا كان او معسرا لانه ضمان
تملك ويسعى الولد في نصف قيمته لمولى العاجز لان المانع من السعاية ان سعايته
تكون لابيه وقد زال وولاء الولد بين المولين لحصول العتق منهما وهذا كله مذهب
ابي حنيفة وعندهما اذا ادى احدهما عتق وعتق كل الولد منه والولاء كله لمولاه
والامة كلها ام ولد له ويضمن نصف قيمتها موسرا كان او معسرا ولا ضمان عليه في
الولد ولا سعاية فان عجز احدهما قبل الاجل لحظة من ولده سعى في الحرية الكتابة
عنه وهي كام ولد للذي لم يعجز لزوال المانع من التحامل وضمن نصف قيمتها للمولى
العاجز لتملكه نصيبه منها فان قضى عليه بنصف قيمتها تقرر كونها ام ولد له
حتى لو عجز بعده كان كلها ملكا للسعية وان لم يقض عليه حتى عجز كانت امة بين
المولين وان لم يعجز ولم يؤد واحد منهما حتى مات احدهما وترك وفاء ادت كتابته
من ماله ويعتق في اخر حياته ويعتق نصف الولد معه ويسعى في النصف الاخر محاسبا
سعاية للاب الحي عند ابي حنيفة ولا يرث الولد اباه الميت وان عتق بعد ذلك
النصف الاخر باداء المكاتب الحي بدل الكتابة لانه حين مات الاول كان الولد
معتق البعض ومعتق البعض لا يرث فان عجز المكاتب الحي عاد قنا ويسعى الولد
في نصف قيمته لمولاه الحي ويسعى الام في نصف قيمتها للمولى العاجز لا سعاية النصف
مادام العاجز الحي ملكه منفوما وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يعتق كل الولد
بلا ضمان ولا سعاية الا اذا عجز الحي فحينئذ يسعى الولد في نصف قيمته لمولاه ولا
يرث اباه الميت لان عتق المكاتب بعد الموت يظهر في الاستناد فانما يظهر في حق
الولد في النصف الذي عتق تبعا لابيه لا في حق النصف الذي يعتق حكما للعتق الجزئي
فصار في حق ذلك النصف كانه عتق عند الادا وان اكتسب الولد مالا او

وقطع

في النفقة وفي بنت البنت ومولى العتاقة فالميراث لمولى العتاقة
والنفقة على ابنة البنت ثم في ظاهر الرواية لا يجبر الابن على ان يدخل
اباه في قوته في القضا وعن ابي يوسف عليه ان يضمه الى نفسه
لان الانسان لا يخاف الهلاك بنصف بطنه وفيه بقا ابيه
قال كلوا في بعض بطنكم تعفوا فان زمانكم زمان خميص
ووجه الظاهر قوله عليه السلام ابدا بنفسك ثم بمن
تعول هذا اذا كان الابن وحده فان كان له زوجة واولاد صغار
يجبر الابن على ان يدخل الاب في كسبه كاحد عياله ولا يجبر على
ان يعطيه شيئا على حدة والفرق على ظاهر الرواية ان طعام
الاربعة اذا اكله خمسة يقل الضرر بخلاف ما اذا دخل في طعام
الواحد يفحش الضرر فدفع لزيادة الضرر بذلك وفي المنتقى قال
الاب انا فقير واكذبه لم يلزمه نفقته وان شهد له الظاهر ان
الاصل عدم المال لانه لا يكفي للاستحقاق فان اقام بينة على
فقره كان مستحقا لنفقته ولو اقاما فبينة الاب اولى لانها
تثبت الاستحقاق وبينة الابن تنفيه وفي شرح القدوري
انفق الاب على نفسه في غيبة الابن فحضر وادعى انه كان غنيا
بحكم الحال فان اقاما بينة فبينة الابن اولى لانها تثبت الرجوع
على الاب وفي الذخيرة يعتبر في حق الجد الفقر لا غير في ظاهر
الرواية كالاب والجد من قبل الام كهو من قبل الاب والجدات
كالاجداد فان كان للفقير اولاد صغار وجد موسر لم يفرض على الجد
ولم يجعل الاب الفقير كالميت ولكن يؤمر الجد بالانفاق عليهم والرجوع

بها على الاب اذا ايسر هكذا ذكره القدوري ولم يجعل النفقة على الجد
حال عسرة الاب والصحيح انه ملحق بالميت وما ذكره القدوري قول
الحسن بن صالح هكذا ذكره الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف
وان كان الاب زمنا تجب على الجد ولا يرجع بها على الاب لان نفقة الاب
الزمن على الجد وكذا نفقة اولاده الصغار ويشترط في ذوي الارحام
استحقاق الميراث في الجملة ولهذا لا تجب مع اختلاف الدين والقياس
كذلك في قرابة الولاد ووجوبها استحسان فيهم وقد تقدم
وجهه ولا يجبر المسلم والذمي على نفقة ابويه اذا كانا مستامنين
في دار الاسلام لانها صلة وقد تقدمت المسئلة وكذا لا يجبر
المستامن على نفقة ابويه المسلمين او الذميين ولا يجبر الذمي
ان ينفق على غير اهل ملته الا على نفقة ابويه الى اخره قيل هو محمول
على ما اذا كانوا من دارين مختلفتين اما اذا لم تختلف فالصحيح ما
ذكره في المبسوط انهم يجبرون عليها فيجبر اليهودي على نفقة محرمه
النصراني وبالعكس لان الكفر كله ملة واحدة ويجري الارث بين
اليهودي والنصراني اذا كانا من اهل دار الاسلام وتقبل شهادة بعضهم
على البعض قوله واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز
عند ابي حنيفة وهو استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا
يجوز ذلك كله وفي الاشراف كان مالك والشافعي وابو ثور يرون
بيع العروض في نفقة الزوجة وبه قال يعقوب ومحمد وقال
النعمان النفقة في ماله من الدراهم والدنانير ولا يباع العروض الا
برضا منه قلت وهو قول ابي يوسف ومحمد وانما يباع

العروض عندهما في الدين على الممتنع ولا يعرف الامتناع من الغايب
وفي الذخيرة الاب المحتاج يملك بيع المنقول بالنفقة
استحسانا ولا يملك بيع العقار الا اذا كان الولد صغيرا هذا
قول ابي حنيفة ذكره في كتاب المفقود وبه والقياس ان لا يملك
الاب البيع على الكبير الغايب ووجه القياس ان ولايته تنقطع
بالبلوغ رشيدا الا في بيع ما يحتاج الى الحفظ اذا كان غايبا
كالعروض يبيعها الوصي والاب وهنا انما يبيع لنفسه لا للحفظ
ولو اراد القاضي البيع في مهر الصوم بنفسه فليس ذلك له
عند الكل لا في العروض ولا في العقار الا بشروط لا في النفقة ولا
في الدين وقال في الكتاب لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ
ولهذا لا يملك حال حضرته ولا في دين اخر له سوى النفقة ولا يبيعه
الام في النفقة ولابي حنيفة ان بيع الاب العروض من باب الحفظ
وهو يملك ذلك كما ذكرنا كوصي الاخ والعم والام في مال هؤلاء في
حق اليتيم لكونه من باب الحفظ فالاب اولى ولا كذلك العقار
فانه محفوظ بنفسه وفي الجامع لو خيف هلاكه او هلاك بابه
والورثة كبار غيب قال الصدر الشهيد لو قيل يملكه لا يبعد
لانه من الحفظ بخلاف غير الاب من الاقارب فانه لا ولاية لهم
في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر وفي حق الاب كانت
الولاية ثابتة في حالة الصغر وبقيت اثارها بعد الكبر ويرد على التعليل
لو كان الاخ وصيا في حالة الصغر وبلغ فانه يحفظ على الغايب البالغ
ويبيع العروض ولا ينفق على نفسه وجوابه انها لم تكن واجبة

قبل القضا حتى لو ظفر بجنس حقه لا ياخذه قال واذا جاز بيع الاب
للمنقول فالثمن من جنس حقه فياخذه ولكن قال يبيع ابوه متاعه
في نفقته والتعليل يدل على انه بيعه بحكم انه من الحفظ فاذا
اكله لم يكن بيعه للحفظ وقد قال لا يملك البيع في دين له سوى
سوى النفقه ثم لا شك ان الاب يبيع منقول ولده الغايب كالوصي
وبل اولى لوفور شفقته والثمن اذا كان من جنس حقه فله قبض
دينه منه بالاتفاق فاذا كان بيعه في الاول من باب الحفظ لا للنفقه
وكذا في المسئلة الثانيه واخذ ثمنه لكونه من جنس حقه فما الفرق
بينهما على قول الامام وقال صاحب الذخيره ذكر في الاقضيه
جواز بيع الابوين وذكر القدوري في شرحه فيكون في بيع الام
روايتان وان كان على الاتفاق فتاويل ما ذكر فيهما ان الاب هو
الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضيف البيع اليهما لانه بعد بيع الاب
نصرف الثمن اليهما وهذا هو الظاهر فان جواز بيع الام بعيد قال
كان للغايب مال من جنس نفقتهما فانفقا على انفسهما منه لم يضمنا
لانه استيفا لحقهما اذ نفقتهما واجبه قبل القضا على ما مر وقد
اخذا حقهما وان كان له في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن اي في القضا والحكم وفيما بينه وبين الله لا ضمان عليه حتى
كان له ان يحلف بعد موت المودع انه لا حق لورثه المودع قبله
لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وذكر في النوادر اذا لم يكن في
مكان يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وقد
قالوا في رجلين كانا في سفر فاغمي على احدهما فانفق رفيقه عليه

من ماله او مات فجهزه صاحبه لم يضمن استحسانا وكذا العبد الماذون له في التجارة
اذا كان في بلاد بعيده فمات مولاه فانفق على نفسه وما معه من الامتعه
والدواب لم يضمن استحسانا وكذا روي عن مشايخ بلخ انهم قالوا اذا كان
للمسجد اوقاف ولم يكن له متولي فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريع الاوقاف
وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج اليه من شرا الزيت والحصر والحشيش لا يضمن
استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى وحكي عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه
مات واحد من تلامذته ميتة في الطريق فباع محمد كتبه وانفق في تجهيزه فقيل له
انه لم يوص بذلك لاحد فتلى محمد قول الله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح ذكر
ذلك كله في الذخيره واحد الوصيين اذا خاف ضياع مال التركة فله تحصينه
فيصنه كاللقطة والحيران والرفقا في الطريق ذكر في الجامع ويحكى
ان جماعة من اصحاب محمد رحمه الله حجوا فمات واحد منهم واخذوا ما كان معه
من قماشه فباعوه فلما وصلوا الى محمد سالهم فذكروا له ذلك فقال لهم لو لم تفعلوا
ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح وان كان انفاقه بامر القاضي
لا يضمن قياسا واستحسانا لان امره ملزم لعموم ولايته ولا يرجع على القابض اذا
ضمن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه تبرع بملكه وفي الجامع مريض اقر لوارثه
بعبد او وهبه له كاقر الوارث انه كان وهبه او اقر به لاجنبي قبله وصدقه
ومات في يد الاجنبي بعد تسليم الوارث اليه فللورثه تضمين الاول لانه
استهلكه بالاقرار والتسليم او تضمين القابض لانه قبضه بغير حق عندهم
ومن ضمن لا يرجع اما الاول فلانه قد رضي بقبضه وهو قد ملكه باداء

الضمان فصح الاقرار والهبة من جهته كمسألة الكتاب واما الثاني
القابض فلانه قبضه لنفسه وقد هلك في يده فلا يرجع على احد وقال بعضهم
الاول يرجع على الثاني لانه ملكه باداء الضمان وما رضي ان يملكه الثاني
من جهته بل من جهة غيره كمن اكره انسانا على هبة ماله وضمن المكره يرجع
على الموهوب له لانه لم يرض ان يكون الهبة من ماله وقد صارت من ماله
بعد الضمان فلم يكن راضيا بذلك فمقتضى هذا ان يرجع الاجنبي بما ضمن على
القابض قوله فظهر انه كان متبرعا به ممنوع لانه لم يقصد التبرع بماله بل قصد ايصال
الحق اليه من مال غيره والان صار ماله بالضمان وتمامه في الجامع في باب الاقرار للوارث
من المريض قوله واذا قضى القاضي بالنفقة للولد والوالدين وذوي الارحام
فمضت مدة سقطت وهو قول الشافعي وابن حنبل بخلاف الزوجة لان نفقة الزوجة
فيها معنى العوض ونفقة هؤلاء صلة ولهذا لا تجب مع الغنى وانما تجب للحاجة
ونفقة الزوجة تجب مع غناها وقد يجبر على الصلة كجبر الوارث على تنفيذ الصدقة
والوصية بعد الموت وان كانت صلة وفي الذخيرة نفقة ما دون الشهر
لا تسقط وفي الحاوي في الفتاوى نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون
غيره قال الا ان باذن القاضي في الاستدانة
عليه فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي المدة وفي زكاة الجامع
نفقة الاقارب والزوجات بعد القضاء للمطالبة .

للمطالبة تسوى بعد القضا بين الاقارب والزوجات وبالاجماع
ان نفقة الزوجات لا تسقط بعد القضا وفي الذخيرة قال ذكر
في نوادر زكاة الجامع ان نفقة المحارم تصير دينا بقضا القاضي واختلف
المشايخ فيه قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع
الجامع اذا استدان المقضي له بالنفقة وانفق من ذلك فكانت
الحاجة قايمة لقيام الدين وموضوع غيره اذا انفق من غير الاستدانة
عليه بل اكل من الصدقة والمسالة فلم تبق الحاجة بعد مضي المدة
واليه مال السرخسي في كتاب النكاح وقال بعض المشايخ
ما ذكر في ساير الكتب ما اذا طالت المدة اما لو قصرت تصير دينا
لان القاضي مامور بالقضا فلو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضا
بالنفقة معنى والفاصل بين المدة الطويلة والقصيرة ذكرناه
ثم قيل لا بد من الاذن بالاستدانة مع فرض القاضي ولهذا
يوخذ بعد موت الزوج من ماله على الصحيح ولا يوخذ ذلك بعد
موته بالقضا بدون الامر بالاستدانة وقيل قضا القاضي امر
بالاستدانة فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على
عبده وامته وهو اجماع ويجبر عليه الا ان يبيعه اذا لم يكن له
كسب ياكل منه ومثله الامة ولم يخالف فيه الا عامر الشعبي
على ما تقدم وفي الذخيرة يجبر على نفقة العبد والامة الزمنين
وفي الكتاب يجبر على بيعهما يعني اذا امتنع من الانفاق عليهما ولم
يكن لهما كسب والاصل في وجوب نفقة العبيد حديث
ابي ذر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال هم اخوانكم

وخولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يديه فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم اخرجاه في الصحيحين وعن عبد الله بن عمرو بن العاص انه عليه السلام قال كفى بالمرء اثما ان يحبس عمن يملك قوته رواه مسلم وعنه عن النبي عليه السلام قال كفى بالمرء اثما ان يضيع من يقوت اخرجه مسلم وعن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق وفي لفظ اخر الا ما يطيق رواه مسلم وعنه انه عليه السلام قال اذا اتى احدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه معه فليناوله لقمه او لقمتين او اكله او اكلتين فانه ولي حره وعلاجه اخرجاه في الصحيحين وعن انس بن مالك رضي الله عنه قال كانت عامة وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاه وهو يغرغر بنفسه الصلاه وما ملكت ايمانكم رواه ابو داود وابن حنبل وابن ماجه وعن علي رضي الله عنه قال كان اخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاه الصلاه اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه ابو داود وابن حنبل والمستحب ان يطعمه مما ياكل وحديث ابي ذر محمول على الاستحباب وكذا كسوته تكون من غالب كسوة العبيد في ذلك البلد ويحمل قوله عليه السلام وليلبسه مما يلبس على الاستحباب ويزيد الجاريه التي للاستمتاع في الكسوه للعرف وقال ابن شداد في احكامه قوله عليه السلام فليطعمه مما ياكل اخرجه مخرج الغالب وكانت اطعمتهم متساويه في الغالب وكذا كسوتهم

والاكله بضم الهمزه اللقمه وبفتحها المره من الاكل وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال العبد اذا نصح سيده واحسن عبادة الله فله اجره مرتين رواه البخاري وعن جرير انه عليه السلام قال اذا ابق العبد لم تقبل له صلاه رواه مسلم وعنه عليه السلام قال ايما عبد ابق فقد برئت منه الذمه وفي المغني ولا يجبر العبد على الضريبه يؤديها الى مولاه فان اتفقا على ذلك جاز كالكتابه ولما روي عنه عليه السلام ان طيبة الحجام حجمه واعطاه اجره وامر مواليه ان يخففوا عنه وكان كثير من الصحابه يضربون على رقيقهم ضرائب يؤدونها اليهم روي ان الزبير كان له الف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم وجاء ابو لؤلؤة اللعين وكان نصرانيا الى امير المومنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فساله ان يسال مولاه المغيره بن شعبة ان يخفف عنه من خراجه اي ضريبته ولا يكلفه زايدا عن وسعه وروي عن عثمان رضي الله عنه انه قال لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق ولا تكلفوا المراه غير ذات الصنعه الكسب فتكسب بفرجها ذكر ذلك كله في المغني وفي الذخيره ظاهر مذهب اصحابنا لا يجبر الانسان على نفقه غير الرقيق والحيوانات وغيرها كالدور والعقار والزروع والثمار سوا وفي ذوات الروح يفتى فيما بينه وبين الله بالانفاق عليها والتحذير من عذابها ولا يفتى بالوجوب في الدور والعقار والزروع والثمار الا انه يكره تضييع المال وعن ابي يوسف يجبر في البهايم كالرقيق وهو قول الايمه الثلاثه وعن

عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عذبت امراة في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار ولا هي اطعمتها وسقتها اذ حبستها ولا هي تركتها تاكل من خشاش الارض اخرجاه في الصحيحين وفي لفظ لمسلم عذبت امراة في هرة ربطتها ولم تطعمها ولم تتركها تاكل من خشاش الارض اخرجاه في الصحيحين وفي لفظ لمسلم عذبت امراة في هرة ربطتها ولم تطعمها ولم تتركها تاكل من خشاش الارض وعن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش فوجد بيرا فنزل فيها فشرب ثم خرج فاذا كلب يلهث ياكل الثرى من العطش فقال الرجل لقد بلغ هذا الكلب من العطش مثل الذي بلغ مني فنزل البير فملا خفه ماء ثم امسكه بفيه حتى رقي فسقى الكلب فشكر الله له ذلك فغفر له فقالوا يا رسول الله وان لنا في هذه البهايم لاجرا فقال في كل كبد حرة اجر اخرجاه وعن ابي هريرة بينما كلب يطيف بركية قد كاد يقتله العطش اذ راته بغي من بغايا بني اسرايل فنزعت موقها فاستقت له به فسقته فغفر لها به اخرجاه والفرق على الظاهر بين الرقيق وساير الحيوانات ان الرقيق من اهل الاستحقاق ويتحقق منهم طلب الحق فيقضي القاضي على الممتنع والجبر فيه معنى القضا ولا كذلك الدواب وقد ذكرنا قبل هذا الفرق بين الزوجة والامة فلا نعيده وقال ابن حزم في المحلى ينفق الرجل والمراة على مماليكهما واماتهما مما ياكل اهل بلدهم ويشبعهم ويكسوهم مما يطرد الحر والبرد ولا يكون به مثلة بين الناس وفرض

عليه مع ذلك ان يطعمه مما ياكل ولو لقمة وان يكسوه مما يلبس ولو في العيد ويجبر السيد على ذلك وخلط تخليطا كثيرا وقوله مما ياكل اهل بلده لم يذكر في الحديث وهو لا يقول بالقياس والدليل العقلي وقوله وان يكسوه مما يلبس ولو في العيد ليس ذلك في الحديث بل ظاهر الحديث يقتضي ان يلبسه دايما مما يلبسه هو وقد ذكرنا وجهه وقوله فرض عليه ان يطعمه مما ياكل ولو لقمة في حق كل عبد وامة جهل منه والامر باللقمة او اللقمتين انما ورد في الخادم الذي يحمل الطعام اليه وعلله عليه السلام بانه ولي حره وعلاجه يعني انه طبخه وحمله اليه ولم يكن هذا الامر في كل عبد ولا في كل امة فالعبد الذي يتولى الاعمال الخارجة عن حضرة سيده ولا يراه كيف يفرض عليه ان يطعمه لقمة وكذا الامة التي لا يراها سيدها وكذا عبيد المراة واماوها ولم يرد به سنة ولا قياس صحيح ولا فاسد مع انه ظاهري لا يقول بالقياس وقد خالف الاجماع بايجاب اطعام لقمة لكل مملوك ومملوكة على السيد والسيدة وله تخليط طويل غث ويكفي من بيان سقوطه ما ذكرته ونسال الله العافية والسلامة من الهوس والغرور والمتش ثم قال ابن حزم هذا ويجبر على سقي نخله وزرعه ونحو ذلك واستدل عليه بقوله تعالى واذا تولى سعى في الارض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل وهذا جهل محض لا يليق بمن له فهم ولا بمن هو ظاهري لا تعقل له واي افساد صدر ممن لا صنع منه بترك فيها ظاهريته اذ لا ظاهر معه ومن يحبس الانسان ويعاقبه لاجل حق نفسه فهو اضل من الانعام وكذا يجبر على زرع ارضه

عندهم ولم يقله احد قبلهم وما ذكرت ذلك الا لاجل سيل لسانه على السلف وهل يضر السحاب نباح الكلاب وفي الذخيرة رجل له عبد او مدبر او امه او مدبره او ام ولد يجبر على نفقتهم فان ابى فكل من يصلح للاجار يؤاجر وينفق عليه من اجرته ومن لا منفعه له لعذر صغر او زمانه وما اشبه ذلك ففي العبد والامه يجبر على بيعهما وفي المدبر والمدبره وام الولد يجبر على الانفاق عليهم وفي المكاتب والمكاتبه لا يجبر على نفقتهما لالتحاقهما بالاحرار عبد في يد رجلين يتنازعانه يجبران على نفقته لان الظاهر انه ملكهما وفي الدابه لا يجبران ولو كانت الدابه بين رجلين طلب من القاضي ان يأمره بالنفقه حتى لا يكون متطوعا فالقاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك منها او تنفق عليها هكذا عن الخصاف وذكر السرخسي انه لا يجبر عبد صغير في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك وديعة عندي فانكر يستحلف بالله ما اودعه وتقضي بنفقته على ذي اليد لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لم يستحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحريه والنفقه تجب على من له المنفعة مالكا كان او غير مالك مثاله اوصى بجاريه لانسان وبما في بطنها لاخر فالنفقه على الموصى له بالجاريه ولو اوصى بدار لانسان وبسكناها لاخر وهي تخرج من الثلث فالنفقه على صاحب السكنى لان المنفعة له فان قال صاحب السكنى قبل قبضها وقد انهدمت الدار انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يصير متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل فامتنع صاحبه من بنائه فبناه صاحب العلو لا يصير متبرعا وكذا لو اوصى لانسان بنخيله ولاخر بثمرها فالنفقه على صاحب الثمره وفي التبن والحنطه ان بقي من ثلث ماله شي فالتخلص في ذلك المال وان لم يبق شي فالتخلص عليهما لان المنفعة لهما وفي السمسم اذا اوصى بدهنه لواحد وكسبه لاخر فالاجر على صاحب الدهن والفرق ان الدهن خفي لا يظهر فالحاجة الى اظهاره والكسب ظاهر فكان تبعا للدهن وعن محمد ان رجلا ذبح شاه فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لاخر فالتخليص عليهما كالحنطه والتبن وقبل الذبح اجر الذبح على صاحب اللحم دون الجلد لانه هو الذي ينتفع بالذبح وفي شرح التكمله يؤمر مالك البهايم بالانفاق عليها من العلف وما يقوم بنفسها به ولا يجبر على بيعها وروى انهم يجبرون على بيعها وفي قنية المنية ينبغي ان يجب نفقه المبيع قبل قبضه على المشتري ويكون تابعا للملك كالمرهون والصحيح ان نفقته على البايع ما دام في يده

كتاب العتاق

وفي طلبه الطلبه العتق والرق من ضرب وحقيقته القوه وعتاق الطير جوارحها وكواسبها لقوتها وعتق الفرخ اذا قوي وطار من وكره والعتيق الجميل فكانه نال جمال الحريه وقيل هو من العتق الذي هو الكرم وفي مشارق الانوار من الباب عتق المملوك عتقا وعتاقه بالفتح فيهما وعتاقا ايضا بالفتح والاسم العتق

بالكسر ولا يقال عُتق وانما هو اُعتق اذا اعتقه سيده والذهب
العُتُق بضم العين والتاء جمع عتيق كنذير ونُذُر وهو القديم
وعند بعض شيوخ الموطا عتق بفتح التاء وشدها والاول اصوب
قلت بل الثاني خطا قاله المطرزي لان العُتَّق جمع عاتق
كجاهل وجُهَّل وقد جاء عتيق وعاتق في العتق وفي البارع العاتق
التي لم تَبِن عن اهلها وقال ابو زيد هي التي ادركت ولم تعنس
وقال ثعلب هي التي لم تزوج بعد اي عتقت عن خدمة ابويها
ولم تملك بنكاح وقال الاصمعي هي فوق المعصر وقال
ثابت هي البكر التي لم تبن الى الزوج وقال الخليل هي الشابة
وقال غيره هي التي اشرفت على البلوغ والبيت العتيق لعتقه
من الجبابرة اي من تجبرهم فيه فلا يدخله احد منهم ويصل اليه
الا ذل عندهم وقيل اعتق منهم فلا يدعي جبار انه له وقيل عتق
من الغرق وقيل لقدمه وهو الاظهر وسمي ابو بكر عتيقا لجماله
وقيل لقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل قالت امه
لما وضعته هذا عتيقك من الموت فهبه لي وكانت لا يعيش لها
ولد وقيل لشرفه وقيل كان ذلك اسمه العلم له وفي الصحاح
العتق الحرية وكذا العتاق بفتح العين والعبد عتيق اي معتق
وعاتق ومولى عتيق ومولاة عتيقة وعتقت فرس فلان
اي سبقت فنجت وعتق الشيء بضم التاء عتاقة مثل كرم كرامة
اذا قدم وعتقت عليه يمين اي قدمت ووجبت كانه حفظها
فلم يحنث فيها وفرس عتيق والجمع عتاق والعتاق النجائب وانما

قيل

قيل قطرة عتيقة بالها وقطره جديد بغيرها لان الاولى بمعنى الفاعلة والثانية
بمعنى المفعولة وفي المغرب العتق الخروج من المملوكية وقد يقام العتق مقام
الاعتاق ومنه قول مهران طالق مع عتق مولاك اياك وعتاق الخيل
والطير كرائمها ومدار التركيب على التقدم وفي المبسوط الاعتاق
لغة احداث القوة وفي المحيط العتق القوة وقيل التخليص ومنه البيت
العتيق وفي المغني العتق الخلوص ومنه البيت العتيق والتحرير اثبات
الحرية وهي مصدر الحر والحرار بالفتح وقد حر حرارا اي صار حرا من علم
وحقيقتها الخلوص وحر البقول ما يوكل غير مطبوخ وقوله تعالى فتحرير
رقبة وقوله فك رقبة خصت بذلك لان ملك السيد عنده بمنزلة الغل
في رقبته وقالوا في جمع حرة حرائر على غير قياس وقيل هي جمع حريرة بمعنى حرة
وهو غريب ذكر ذلك الصيمري تلميذ ابي سعيد السيرافي في التبصرة قوله
الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام من اعتق رقبة مسلمة
اعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه من حديث
ابي هريرة وفي المغني قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعتق رقبة مؤمنة
اعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل
بالرجل والفرج بالفرج قال ابن قدامة متفق عليه وعن ابي امامة عن النبي
عليه السلام قال ايما امرئ مسلم اعتق امرا مسلما كان فكاكه من النار

يجرى كل عضو منه عضوا منه وايما امرئ مسلم اعتق امراتين مسلمتين كانتا فكاكه
من النار يجرى كل عضو منهما عضوا منه رواه الترمذي وصححه ولابى داود وابن حنبل
معناه وزاد ابو داود فيه وايما امراة مسلمة اعتقت امراة مسلمة كانت فكاكها
من النار يجرى كل عضو من اعضايها عضوا من اعضايها واعتاق الرجل
افضل من اعتاق المراة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاق امراتين
كاعتاق رجل ودية المراة نصف دية الرجل وقوله حتى الفرج بالفرج
ذكره البخارى في كتاب النذور ومعنى ان لا يكون العبد اشل ولا اعور ولا اصم
ونحو ذلك لينال بذلك ما وعد في الحديث وثبت في الحديث انه عليه السلام
قال افضلها اغلاها ثمنا ضبطه ابو الحسن بعين مهملة وابو ذر بغين معجمة
ولو كان ثمن اليهودى او النصرانى اكثر ثمنا من العبد المسلم فاعتاق اليهودى
او النصرانى افضل من المسلم عند مالك لظاهر الحديث وقال اصبغ اعتاق المسلم
افضل وهو الحق يدل عليه قوله عليه السلام ايما رجل اعتق مسلما وقال عبد الملك اغلاها
ثمنا في ذوى الدين ولو غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب ويرتد
او يخاف منه السرقة او قطع الطريق كان اعتاقه محرما وينفذ عتقه ذكره في المغنى
قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح
نافذا الا في الملك ولا ملك للمولى قلت هذا قول اصحابنا وهو قول
ابن مسعود وابى ايوب وانس وبه قال قتادة والحكم وحماد وعثمان بن سليمان البتى

والثورى

والثورى وداود بن ابى هند وحميد والشافعى وابن حنبل وقال
الحسن وعطا والشعبى والنخعى ومالك واهل المدينة العبد ماله له
وبه قالت الظاهرية حتى لو اعتقه السيد كان مال العبد للعبد
عندهم وعندنا للسيد لهم ما روى عن ابن عمر عن النبى عليه
السلام انه قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه ابن
حنبل وكان ابن عمر اذا اعتق عبده لم يتعرض لماله وللجمهور
ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال لغلامه يا عمير انى
اريد ان اعتقك عتقا هنيئا فاخبرنى بمالك فانى سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره
بماله فماله لسيده رواه الاثرم ويدل عليه قوله عليه السلام
من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع ولو
كان ماله له لم يكن للبايع وحديث ابن عمر ضعيف قاله احمد ولهذا
لم يعمل به وعمل بحديث ابن مسعود وقال ابو الوليد هذا الحديث
خطا وفعل ابن عمر من باب التفضل وقالت الظاهرية ان انتزعه
السيد قبل عتقه او اشترطه فله والا فللعبد واحتج بما رواه
ابن ابى شيبة قال حدثنا غندر عن هشام عن ابى الزبير عن عبد الله
ابن ابى مليكة ان عايشة ام المومنين افتت بذلك قلت
قال في المحلى نحن لا نستحل رواية ابى جابر اذا قال عن فلان ولا
نحتج في دين الله بقول غير رسول الله وقد احتج هنا بهما وهذا
هو التلاعب بالدين ثم ان كان المال للعبد فلا يحل انتزاعه من يده
وان كان للسيد فلا يكون المال بعد عتقه له قهرا ثم قال ابن حزم

عن المالكية انهم قالوا اخطا ضمرة في حديثه عن سفيان من ملك
اذا ملك ذا رحم محرمة فهو حر ولم يلتفتوا الى قول اهل الحديث اخطا
عبد الله في حديث ابن عمر قال فهل في الملاعب بالدين اكثر من هذا
العمل ونسال الله العافية قال واما الشافعية فردوا
الخبرين معا واخذوا بالخطا الذي لا شك فيه واما البلوغ
والعقل فلا خلاف فيهما فيما نعلم حتى لو قال البالغ اعتقت وانا
صبي فالقول قوله ولا يعتق وكذا لو قال اعتقته وانا مجنون
وكان جنونه معهودا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية
للعتق واصله الخبر الثابت رفع القلم عن ثلثة الحديث وكذا
لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لان المعلق بالشرط
كالملفوظ عند وجوده بالاهلية السابقة ولم يكن اهلا للاعتاق
عند التعليق وكذا لو علق المجنون العتق ثم وجد الشرط وهو عاقل
لا يقع خلافا ما لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر وكان عاقلا
عند التعليق ووجد الشرط وهو مجنون يعتق لصحة التعليق ولو
قال ان جننت فانت حر لا يعتق اذا جن ولا بد ان يكون العبد في
ملكه وقت اعتاقه وهو قول الجمهور من اهل العلم وقال
ملك لو اعتق الاب عبد ابنه الصغير عتق ولا يعتق عبد ابنه الكبير
ولم يوافق عليه قال ابن حزم هذا في غاية الفساد اذ لا دليل
عليه من قران ولا من سنة ولانه تبرع بماله فلا يجوز كالكبير
وتعلق بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وبطل بالكبير
وقال ابن المنذر لما ورثه الله من مال ابنه السدس مع ولد

ولد دل على انه لا ملك له في مال ابنه والمراد بالحديث المبالغة
في وجوب حقه عليه ولهذا لو استولد جارية ولده تجب عليه قيمتها
فدل على انه اجنبي عن املاك ولده ولان المقصود من ولاية الاب
عليه حفظ ماله لعجزه عن حفظه بنفسه وعن النظر فيه وذلك يمنع
تضييع ماله والتبرع به وقال ابن ابي ليلى من اعتق عبد غيره نفذ
عليه وغرم قيمته واعتبره بالسراية ذكره في النهاية وقوله حتى
لو اعتق عبد غيره لا يصح اي لا ينفذ والا فاعتاقه ملك غيره
يصح وينفذ باجازة مالكه فـــــــــــ قوله واذا قال لعبده
او امته انت حر او معتق او عتيق فانه يقال هذا العبد عتيق
فلان وان قال هذا عتيق او قال محررا او قد حررتك او اعتقتك
فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريحة في العتق
وهذا مما لا خلاف فيه وفي المحيط والبدايع والينابيع وغيرها
الاعتاق على اقسام ثلثة قربة ومباح ومعصية فالقربة هي
العتق لوجه الله تعالى والعتق في الكفارة والمباح هو العتق لزيد
او عمرو ونحوهما والاعتاق من غير نية والمعصية الاعتاق لوجه
الشيطان او للصنم وعند الظاهرية لا يعتق في هذا الوجه الثالث
وقوله لوجه الله معناه لرضا الله وقيل لله كقوله كل شيء هالك
الا وجهه اي الا الله والالفاظ التي يحصل بها العتق ثلثة صريح
وقد ذكرنا بعضه وباقيه ياتي وملحق بالصريح وكناية والملحق
بالصريح قوله وهبت لك نفسك او وهبت منك نفسك او
بعت منك نفسك يعتق من غير نية ولا قبول قال في الينابيع

ذكره في شرح الكرخي والايضاح وكذا في المبسوط والمحيط والذخيرة وفيه او رده وفي المبسوط لا يرتد برده وذكر هبة الرقبة في موضع اخر وقال لا يعتق والاول اصح لان الهبة والبيع من العبد اسقاط للملك فلا يشترط القبول وهي كناية عند ملك وفي نوادر هشام عن محمد في رجل قال لعبده بعني نفسي فقال قد فعلت عتق وسعى في قيمته وقوله وهبت لك نفسك جعل في الطلاق كناية ولم يلحق بالصريح والكنايات سنذكرها ان شاء الله تعالى وما لا يصلح للعتق لا يعتق به وان نوى وشذ ملك وقال يعتق به وان لم يعتق بمجرد النية حتى لو قال الماء لا تغذي ونوى به العتق عتق والطلاق كذلك قلنا النية لتمييز العتق من غيره ولبيان احد المعنيين من اللفظ المشترك فاذا لم يحتمل اللفظ العتق ولا الطلاق فارادته من ذلك لغو فلا اصل لهذا القول وان قال عنيت به الاخبار الباطل او اردت انه حر من العمل صدق ديانة لاحتماله لا قضاء لانه خلاف الظاهر وكذا لو قال انت حر من العمل اليوم عتق في القضاء وان باعه من نفسه بثمن معلوم يشترط قبوله لاجل الثمن وان قال اردت انه كان حرا في وقت ما وكان العبد من السبي يدين وان كان مولدا لم يدين وفي المحيط له عبد واحد قال اعتقت عبدي عتق ولو قال بعتك عبدي لم يصح للجهالة وان قال لعبده انت عتيق فلان او مولى فلان عتق لانه اقر بحريته وهو مالكه ولو قال اعتقك فلان لا يعتق لانه اضاف الفعل الى من ليس بمالك فلا يقع قال لكن يجوز ان يقال يعتق فيهما

لان الاخبار عن انشاء العتق من فلان اخبار بحريته ضرورة قلت انما يكون الاخبار عن انشاء العتق من فلان اخبارا بحريته ضرورة اذا كان فلان عند انشائه مالكا له ولا دلالة على ذلك بل الحال يدل على عدمه ولانه يحتمل ان يكون مراده اعتقك فلان الان او في ملكي فلا يعتق بالشك وفي الذخيرة في العتق والتحرير يعتق بغير نية سواء ذكرهما على سبيل الاخبار نحو ان يقول اعتقتك وحررتك او الصفة نحو انت حر وعتيق وفي المحيط او الاخبار والصفة كقوله انت حر او الاشارة نحو هذا حر وهذا عتيق او النداء نحو يا حر على ما يأتي بعد هذا وقوله او الصفة كقوله انت حر وعتيق وحر وعتيق خبران عن انت والمضمر لا يوصف وعند الكوفيين ان جاز وصفه لا يجوز هنا لانه يبقى بلا خبر ومراده بالوصف الخبر فان قوله حر ذات قام بها الحرية وهي وصف ثم قال محمد في الاصل اذا قال انت حر لوجه الله عتق ولو ذكر وجه الله ليس بشرط للعتق لان محمدا رحمه الله قال في الكتاب لو قال انت حر لوجه الشيطان يعتق ولو قال انت عتيق السن لم يعتق وان قال انت حر النفس يعني به في اخلاقك عتق قضاء وان قال في اخلاقك وافعالك لا يعتق ولو قال انت لله او لوجه الله لا يعتق هكذا رواه محمد عن ابي حنيفة وقال اما انا فاني ارى ان يعتق اذا اراد به الحرية وعند ابي يوسف يعتق بالنية وهو قول ابن المسيب والشعبي وحماد والشافعي وابن حنبل وعن ابن حنبل انه صريح وهو بعيد والظاهر قول محمد وفي المنهاج

صريحه تحرير واعتاق وكذا فك رقبه في الاصح وهو قول ملك
قلت هذا خلاف قوله عليه السلام فانه قال فك الرقبه
ان تعين في عتقها جوابا لمن قال اليسرها واحدا ولو قال لعبده
يا عبد الله او قال هذا عبد الله لم يعتق لانه صادق فيه والناس
كلهم عبيد الله وفي المرغيناني قال لعبده اعتقك الله يعتق وقيل
يعتق بالنيه والمختار الاول ولو قال العتاق عليك يعتق وان
قال عتقك علي واجب لا يعتق بخلاف الطلاق والفرق ان
العتق قد يكون واجبا بلا وقوع بالنذر والكفاره والوصيه
والطلاق وجوبه بوقوعه ولو قال يا صبيح حرا فهو عتق مضاف
الى الغد وان قال يقوم حرا او يقعد حرا يعتق في الحال ولو قال
يا حر يا عتيق يعتق على ما نقرره بعد هذا وهو اجماع الا اذا سماه
حرا ثم ناداه يا حر وقد علم ذلك لان مراده استحضاره باسم علمه
وهو ما سماه به ولو ناداه يا ازاد وقد سماه بالحر او سماه بازاد
وناداه يا حر قالوا يعتق لانه ليس بنداء باسم العلم فيصير اخبارا
عن الوصف اعلم ان قوله يا حر لعبده ليس اخبارا عنه بالوصف
بل هو انشا للحريه فيه اذا لم يكن ذلك علما له وقد اصر على النحاه
في قولهم يا زيد ان معناه ادعوك او اناديك وكذا في قولهم ما
احسن زيدا اي شي جعله حسنا لان النداء والتعجب انشا
فلا يصح ان يفسر الانشا بالخبر ولان شيا عرمهم والتعجب
انما يكون بما استبهم ولم يعرف سببه هكذا ذكره الصيمري
في التبصره والنحويون يقولون ما خفي سببه وفاق نظراه والمعنى

قريب وتكلموا في قولهم ما اعظم الله منهم من منع من ذلك في حق الله
تعالى ومنهم من جوزه واختلفوا في التقدير قيل تقديره شي
ما اعظم الله وذلك الشي عباده الذين يعظمونه ويعبدونه ويجوز
ان يكون ذلك الشي هو ما يستدل به على عظمته من بدايع خلقه
ويجوز ان يكون فيه حذف مضاف تقديره ما اعظم قدرة الله وعلم
الله ويجوز ان يكون ذلك الشي هو الله تعالى فيكون لنفسه عظيما
لا لشي اخر جعله عظيما ومثله في كلام العرب مستعمل
قال نفس عصام سودت عصاما وعلمته الكر والاقداما
وجعلته سيدا هماما ويقال عصامي وعظامي
فالعصامي هو الذي يفتخر بفضل نفسه والعظامي هو الذي
يفتخر بالعظام النخره من الاباء والاجداد الموتى وكذا لو قال
راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك
حر يعتق وفي المنتقى قال لعبده ذكرك حر يعتق ولو قال
لعبده فرجك حر قيل يعتق كالامه وعن محمد لا يعتق لان
فرجه لا يعبر به عن جميع البدن ولو قال لامته فرجك
حر من الجماع عتقت وفي المحيط لو قال ذكرك حر او استك
حر او قال لامته ذكر ابن سماعه انه يعتق عند محمد كالفرج
وقيل لا يعتق وهو الاصح لعدم الاستعمال في التعبير بها عن
الكل ومثله حرك واصله حرخ حذفت الخا الاخيره على
غير قياس ولو قال عنقك حر قيل يعتق كالرقبه وقيل
لا يعتق كالدبر لانه لا يعبر به عن جميع البدن قلت

هو مستعمل فيه كقوله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ولو قال
لسانك حر يعتق وفي الدم روايتان وفي اليد والرجل لا يعتق عندنا
وعند الايمة الثلثة يعتق ومرت المسلة في الطلاق ولو قال
اعتقت سنك او ظفرك او شعرك لا يعتق عند الايمة الاربعة
وقال قتادة والليث لو اعتق ظفر عبده عتق والزموهما بالشعر
والريق وفي الجزء الشايع كالنصف والثلث والسدس والعشر ونحوها
يعتق بالاجماع وقد تقدمت المسلة في الطلاق ولو قال لعبده
هذا حر يريد به انه عفيف كريم الاخلاق يعتق عندنا ولا يصدق في
القضا وعند ابن حنبل لا يعتق ذكره في المغني ولو قال ما انت
الا حر تريد انك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقا ولا طاعة يعتق
عندنا في القضا وعند ابن حنبل لا يعتق على المذهب وقوله
ولو قال لا ملك لي عليك يعتق بالنية قال لانه يحتمل انه اراد
لا ملك لي عليك لاني بعتك فلا يعتق بالشك ويزول الاحتمال
بالنية واجود من هذا التعليل انه يحتمل لا ملك لي عليه انه لا
يطيعه ولا يرى له عليه حقا لعفرته ودعارته ويكون من باب
التشبيه او الاستعارة لان احتمال البيع بطل عند فرض عدمه
ومثله في المنهاج للنووي وفي المغني ونص ابن حنبل انه صريح وكذا
لا رق لي عليك وقيل روايتان فيهما وكذا كنايات العتق
مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك
وقد خليت سبيلك وفي المنهاج لا سبيل لي عليك لا خدمة
لي عليك انت سائبة كناية وكذا عند ابن حنبل وهو الصحيح

وكذا لو قال لامته انت مطلقة او قد اطلقتك لانه بمنزلة
قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك
على ما بين ان شا الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك لا
يعتق وان نوى لان السلطنة عبارة عن اليد وانما سمي الرجل
سلطانا لقيام يده على الرعية وثبوت حكمه فيهم قال ابو بكر
الرازي خرج الشيخ ابو الحسن الكرخي من الدنيا والفرق بين
السبيل والسلطان مشكل عليه والفرق ان السلطنة اذا كانت
عبارة عن اليد لا يلزم من انتفا اليد انتفا السبيل فان المولى
لا يد له على مكاتبه ولا على ما في يده وله سبيل عليه اذ السبيل
هي الطريق ويثبت الطريق بادنى شي بخلاف اليد وقول صاحب
الكتاب لان السلطان عبارة عن اليد غير جايز على ظاهره بل هو
عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد ووجه اخر ان
السلطان اسم مشترك بين الحجة واليد ونفي احدهما لا يستدعي
نفي الاخر ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك ونفي السبيل
يستدعي نفي الملك فاذا انتفى الملك ونوى به العتق يعتق وكذا
اذا نفى السبيل وتوضيحه ان العتق في نفي السبيل محتمل وفي نفي
السلطان يحتمل المحتمل فاعتبر الاول دون الثاني بيانه ان نفيه
يحتمل نفي الحجة ويحتمل نفي اليد ثم نفي اليد يحتمل نفي الملك ويحتمل
غيره بخلاف نفي السبيل على ما قلنا وفي المحيط لان السلطنة
عبارة عن القهر والغلبة والحجة وذلك باليد لا بالملك فكانه
قال لا يد لي عليك ونوى العتق فانه لا يعتق وعند الايمة الثلثة

يعتق به بالنية فجعلوه من الكنايات وليس ببعيد ولو قال لا حق
لي عليك ونوى به الحرية عتق ذكره فيه وعزاه الى ابي حنيفة ومحمد
والحق الملك حتى لو قال لفلان حق في هذا اجبر على تعيينه وفي
جوامع الفقه لا يعتق وان نوى كقوله اذهب حيث شئت وفي
انت عتاق انت حرية يعتبر النية ولو قال لا سبيل لي عليك
الا سبيل الولاء يعتق في القضاء وفي قوله الا سبيل الموالاة
دين في القضاء لانه يراد به الموالاة في الدين وفي الينابيع لا سلطان
لي عليك ونوى العتق لا يعتق وقيل يعتق وفي التحفة وغيرها لو
قال لعبده اذهب حيث شئت او قال توجه حيث شئت من
البلاد ونوى به الحرية لا يعتق كقوله لا سلطان لي عليك وفي المغني
اذهب حيث شئت كناية ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق
اذا كان يولد مثله لمثله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه
منه لان له ولاية الدعوة بالملك والعبد محتاج الى ثبوت نسبه
واذا ثبت عتق كما لو اشترى ابنه المعروف وان كان له نسب معروف
لم يثبت نسبه منه لتعذره واستغنائه عنه ويعتق في
الوجهين اعمالا للفظ في مجازه في المسئلة الثانية على ما ياتي بيانه
وفي الينابيع الثبوت على اقراره ليس بلازم حتى لو قال اوهمت
او اخطات لم يصدق وان قال قلت ذلك بطريق الكرامة
يصدق ولا يعتق هكذا ذكره في اللباب وفي جوامع الفقه
وثبت على ذلك راجع الى النسب دون العتق لان الرجوع عن العتق
لا يصح ويصح عن النسب وقيل معناه وثبت النسب على موجب

اقراره يحترز به عما اذا كان لا يولد مثله لمثله ولو قال هذا
مولاي او يا مولاي عتق يعني بغير نية وعند الائمة الثلثة كناية قال
اما الاول فلان المولى وان كان ينتظم الناصر كقوله تعالى ذلك بان
الله مولى الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كقوله تعالى
حكاية عن زكريا واني خفت الموالي من ورائي اي اولاد الاعمام
والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاقة الا انه تعين
الاسفل وزالت مزاحمة غيره فصار كاسم خاص له فكان ملحقا بالصريح
بيانه ان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة فانتفت ارادة الناصر
وللعبد نسب معروف وان كان مجهولا فانتفى الثاني وهو كونه
ابن عمه والثالث مجاز ولهذا لو اوصى لمولاه وله معتق ومولى
موالاة لا يدخل مولى الموالاة في الوصية والعبد لا يملك شيا
حتى يصير معتقا وحر الاصل لا يعتق فتعين ما ذكره. تنقيح
المناط اعلم ان اسم المولى يطلق على ثلثة وعشرين معنى
الخمسة المذكورة والرب والمالك والسيد والمنعم والمنعم عليه
بغير اعتاق والعبد والمحب والتابع والجار والحليف والصهر
والعقيل ذكر ذلك ابن الاثير وغيره والموضع الذي يكون الحرب
فيه كقوله مولى المخافة خلفها وامامها والولي والوارث
وابن الاخت والشريك والمسلط في مجمع البحرين لكن المعاني
البعيدة لا يعرفها كل احد ولا يخطر ببال سيد العبد فلا اعتبار
بها فتعين ما ذكره صاحب الكتاب ويرد عليه ما لو قال لا ملك
لي عليك على علة الكتاب انه يحتمل البيع فاذا لم يوجد البيع سابقا

وجاز تعيين العتق بلا نية كما في هذه المسألة لان هذا الكلام بحسب
الشرع يكون انشا وله ان يفسره بالعتق وعدمه بان يقول لا ملك
لي عليك لاني اعتقتك اولاني بعتك من فلان او ملكتك منه
فلا بد من النية لتعين المراد بخلاف قوله هذا مولاي لان الداخل
في امكانه بحسب الانشاء ليس الا كونه معتقا من جهته فتعين
مرادا وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي او يا مولاتي لما بينا
وان قال عنيت غير ذلك مما يحتمله لفظه ولا يعتق به صدق ديانة
لا قضا لمخالفته الظاهر وفيه تخفيف واما الثاني فلانه لما
تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالندا باللفظ الصريح يعتق
كما لو قال يا حر يا عتيق وقال زفر لا يعتق فيه وفي المبسوط
والبدايع يفتقر عند زفر الى النية فيه لانه يقصد به الاكرام
بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي وقد ذكرنا وجهه بخلاف ما ذكر
لانه لا يختص بالعتق ولا هو حقيقة فيه عن المولى فكان اكراما
محضا وفي الواقعات قال يا سيدي او يا سيد ان نوى العتق
عتق وان لم ينو قيل يعتق وقيل لا يعتق وقيل يعتق في قوله
يا سيدي ولا يعتق في قوله يا سيد والمختار انه لا يعتق
وفي الحاوي قال الحسن بن ابي مطيع يعتق في يا سيدي
ولا يعتق في يا سيد وقال نصير لا يعتق فيهما الا بالنية وفي
النهاية قال القاضي لا يعتق بالنية قال والذي اراه كانه
وان قال يا ابني ويا اخي لم يعتق وفي المحيط لا يعتق بالندا
الا في خمسة الفاظ في رواية الحسن عن ابي حنيفة يا ابني يا ابنتي

يا عتيق يا حر يا مولاي وذكر محمد في النوادر لا يعتق بالندا الا في ثلثة
الفاظ يا عتيق يا حر يا مولاي وهذا هو المذكور في الكتاب ووجهه
ان الندا لاعلام المنادي واستحضاره هذا هو الاصل ولهذا بني
المنادى المفرد قال النحويون انما بني لوقوعه موقع كاف الخطاب
في ادعوك او اناديك ومنع ابن مالك وقال انما بني لوقوعه
موضع اياك لانه سمع ولم يسمع ياك والثاني لو كان بناوه لوقوعه
موقع الكاف ولشبهه بها لم يعرب المستغاث به والمتعجب
منه لان اللام الداخلة عليهما هي يدخل على الكاف ويقوي كونه
واقعا موقع اياك انه لما دخلت اللام على المستغاث به وهي
يلحق اياك زال الشبه باياك فاعرب لذلك وان ناداه بوصف
فلا يخلو اما ان يمكن اثباته من جهته اولا فان امكن كان لتحقيق
ذلك الوصف فيه فيكون منادا بذلك الوصف كقولك يا حر
يا عتيق يا طالق وان لم يمكن اثباته من جهته وقت الندا فلا
يخلو اما ان يتعلق به حد او تعزير اولا فان تعلق به ذلك يجب
عليه لتعلقه بالتهمة وان لم يتعلق به شي من ذلك كان
لاستحضار المنادي واثباته لا غير والبنوة والاخوة لا يمكن
اثباتهما من جهته حالة الندا ولا يتعلق به حد ولا تعزير
فكان لمجرد الاستحضار بخلاف يا زانية يا سارقة فانه يجب
الحد والتعزير فيه وفي جوامع الفقه عن محمد قال يا حر اسقني
وهو عند الغير ثم اشتراه يعتق وهذا نقض للقاعدة فانه لا يمكن
اثبات الوصف من جهته وقت الندا فينبغي ان يلغو كما لو قال يا ابني

وكذا الندا انشا وليس بخبر واثبات الحريه في عبد الغير لا يصح ولهذا
لو قال اعتقتك قبل ان اشتريك لا يعتق قوله ويروى عن
ابي حنيفه شاذا انه يعتق فيهما اي في يا ابني ويا اخي وهي روايه
الحسن عنه والقياس روايه النوادر وهو الظاهر الان سوى
ذكره في التحفه ولو قال يا ابن لا يعتق لانه ابن ابيه وكذا لو
قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والابنه من غير اضافه
الى نفسه وهي يا الضمير قوله واذا قال لغلام لا
يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفه بعينه ذكره
في اصول البزدوي والمنافع وخرجه ابو الخطاب وجها للحنابله
وعند الجمهور لا يعتق وان نوى وعند ملك يعتق بالنيه لابي يوسف
ومحمد ان الحقيقه محال فلا يصار الى المجاز لانه خلف عن الحقيقه
في حكمها وشرط استعمال المجاز تصور الحقيقه فيلغو كما لو قال
لعبده اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق بخلاف قوله لامسن السماء
لانه يصلح منعقدا للايجاب ما هو الاصل وهو البر من حيث ان
السما غير ممسوسه فانعقد للايجاب خلفه وهو الكفاره ولهذا
لو قال لغيره قطعت يدك خطا او فقات عينك خطا ولم يكن
هناك قطع ولا فقا حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالارش
والتزامه وفي الذخيره احتج محمد على ابي حنيفه بمن قال لغلامه
هذه ابنتي او قال لجاريته هذا ابني لا يعتق فاذا كان لا يولد
مثله لمثله اولى ان لا يعتق ولابي حنيفه رضي الله عنه انه محال
بحقيقته صحيح بمجازه لانه اخبار بحريته من حين ملكه لان الابن

هذا حكمه لو كان ممكنا يعمل به في مجازه وهو العتق عليه والثاني
ان البنوه في المملوك سبب لحريته اما اجماعا على اصل الشافعي
واصلنا في قرابة الولاد او وصله للقرابه على علة اصحابنا واكثر
اهل العلم على ما ياتي واطلاق السبب واراده المسبب به من
طرق المجاز اللغويه والحمل على المجاز اولى من الغاء كلام العاقل لان
في حمله على الحقيقه الغاء والالغاء الحاقه بالحمقاء والمغفلين وصون
حاله عن ذلك متعين والثالث ان الحريه ملازمه للبنوه
في المملوك والملازمه من طرق المجاز لما عرف فيحمل عليه تحرزا
عن الهدر والالغاء ونظيره قوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط
فليس حقيقه الجمل وسم الخياط مرادين بل ذلك عبارة عن المجاز
الذي هو التابيد وهو خلف عن الحقيقه في التكلم به وهو ان يكون
كلاما صحيحا من حيث اللغه لا عن حكم مدلوله الحقيقي فصار
كالمحال الشرعي فانه لا يمنع صحة المجاز بالاتفاق كالنكاح بلفظ
الهبه فانها محال في حق الحرم لانها موضوعه لافاده ملك الرقبه
للموهوب له وجعلت مجازا في افاده حكم النكاح ويرد على قوله
لانه اخباري منه من حين ملكه انه لا يعتق اولادها الحاصله
بعد ملكها ويمكن ان يجاب بان ذلك اقتضاء فلا يتعدى او يقول
المجاز لا عموم له على قول البعض او نقول هو مخرج على المدرك
الاخر وهو انه تحرير مبتدا ولهذا لا تصير امه ام ولد له لانه
ليس لتحرير الغلام اسنادا تاثير في ايجاب امية الولد ولانه لا
يملك ايجاب ذلك الحق لها بعبارته وهو قوله انت حر على الحقيقه

ابتدا بل بفعل هو استيلاد او اقرار بالاستيلاد ولهذا قال في كتاب الدعوى اذا ورث رجلان مملوكا ثم ادعى احدهما انه ابنه يضمن لشريكه قيمة نصيبه اذا كان موسرا باعتبار ان ذلك كالتحرير المبتدا والاصح الاول ويدل عليه ما ذكر في كتاب الاكراه اذا اكره على ان يقول هذا ابني لا يعتق عليه والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتدا وفي منتخب الطريقه لو ادعيا ولد جاريه مشتركه بينهما ثبت نسبه منهما والبنوه غير ثابته لمكان الاستحاله ولو قال لعبد وهما بفرغانه وامه بغانه وليس بينهما نكاح ولا ملك يمين هذا ابني عتق وثبت نسبه وان كان وطيها مستحيلا وعند الشافعيه لو لم يدخل بها وادعى ذلك ثبت نسبه وعتق عليه في احد الوجهين فجعلوه كالمستحيل في النسب ولم يجعلوه كذلك في حق العتق فلم يمنع العمل بمجازه فينبغي ان يعمل بمجازه في مسلتنا ايضا ولو قال لزوجته زنيت منذ اربعين سنه وعمرها عشرون سنه جعلوه قذفا ووجب اللعان وهو مستحيل وكذب خلاف ما لو قال لها زنيت وانت صبيه حيث لا يجب اللعان قالوا لان فعلها في الصبى لا يكون زنا وعدم الفعل كيف يكون زنا فجعلوه قذفا للحال مجازا مع استحاله الحقيقه فبطل قولهما ان من شرط العمل بالمجاز تصور الحقيقه ويدل عليه قوله تعالى ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم والخداع محال على الله سبحانه وقد جعلوه مجازا عن المعامله او الاراده وكذا

قوله تعالى نسوا الله فنسيهم والنسيان على الله محال وقد جعل مجازا عن تركهم وكذا ومكروا ومكر الله وقال عليه السلام يضحك الله الى رجلين يقتل احدهما الاخر ثم يدخلان الجنه والضحك لا يتصور على الله سبحانه وجعل مجازا عن اظهار الرضى لهما وتسميه العنب خمرا مجاز مفرد وقد دخله التركيب ايضا لان لفظ العصر لم يوضع ليركب مع المايعات من الخمر وغيرها بل انما وضع مع الجامد الذي فيه رطوبه فلما ركب مع لفظ الخمر كان على خلاف الوضع الاول فكان من مجاز التركيب وعصر الخمر حقيقه لا يتصور وحقيقه الخمر لا يتصور في العنب عند عصره وقد استعمل في المجاز من غير تصور الحقيقه وكذا قولهم شربت كاسا فالكاس الزجاجه التي فيها الشراب وشرب الزجاجه لا يتصور فقد تركت الحقيقه واريد بها المايع الذي فيها وكذا قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والقتيل بمعنى المقتول وقتل المقتول لا يتصور وهو حقيقته وحمل على المجاز مع عدم تصور الحقيقه وهذا الشرط الذي ذكراه في جواز المجاز لا ينقل عن احد من اهل اللغه والاصول وانما يذكر ذلك في كتب اصحابنا عنهما ويرد على ابي يوسف مسلة الكوز اذا لم يكن فيه ما فانه اوجب فيها الكفاره وان لم يتصور شربه ويرد على ابي حنيفه يمين الغموس فانه لم يوجب فيها كفاره حلفا عن التكلم بها على اصله والتكلم بها صحيح متصور كما في صوره النزاع على اصله والفرق انما صرنا الى المجاز هنا ليخرج كلامه به عن اللغو والمجاز

اولى منه ولا كذلك الكفارة وعلل ابو بكر بن العربي المالكي لابي حنيفه
بان بين البنوه والملك تضادا فيعتق لذلك واجاب بان
التضاد عند الاجتماع والبنوه لا توجد اصلا فلا تضاد وليس
ذلك مدرك ابي حنيفه بل مدركه ما ذكرته وقاسه على مسئله
الزوجه ثم قال وهذا ما لا جواب عنه وتاتي المسئله وجوابها
عن قريب ان شا الله تعالى بخلاف قوله اعتقتك قبل ان اخلق
او تخلق لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغا ووجوه المجاز
ذكرناها في مسئله الخلاف وبخلاف مسئلة القطع لانه سبب
لوجوب مال مخصوص وهو الارش وهو مخالف مطلق المال في
وصفه حتى وجب على العاقله في سنتين وذلك لا يمكن اثباته
بدون القطع والعفاء وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب
له والحريه لا تختلف باختلاف اسبابها فامكن جعلها مجازا
عنها وبخلاف ما احتج به محمد عليه قال من المشايخ من قال
هي على الخلاف ايضا فان محمدا رحمه الله كثيرا ما يستشهد بالمختلف
على المختلف ويكون غرضه نقل الكلام الى ما هو اوضح ومنهم من
قال هو بالاتفاق وهو الاظهر لتعلقه بالمسمى لاختلاف
الجنس وهو معدوم ولو قال لعبده انت حره او قال لامته
انت حر عتقت وعتق لان عتق الذكر والانثى واحد ذكره
في المحيط وفي المنهاج هو صريح عند الشافعي وذكر ابن
سماعه عن محمد انه لا يعتق الا بالنيه لانه كنايه قلت
الصريح ما غلب في ذلك المعنى ولم يستعمل في غيره وهذا لا يستعمل

كذلك اصلا في لسان العرب بل هو خطا لغه وشرعا فكيف يكون
صريحا ولو قيل ملحق بالصريح كان اقرب ولو قال لرجل يا
زانيه لا يحد للقذف لان زنا النسا من الرجل لا يتصور كقذف
المجبوب بخلاف العتق فانه واحد في الرجال والنسا وابن العربي
الزم ابا حنيفه بالزوجه وقال هذا ما لا جواب عنه يعني اذا قال
لزوجته هذه بنتي وهي اكبر سنا منه لا يجعل مجازا عن الطلاق
وخفي عليه الجواب والفرق لو قدر تحقق البنوه في العبد
ثم ملكه عتق عليه فجاز جعله مجازا لعدم المنافاه ولو قدر كون
زوجته بنته لا يتصور نكاحها والطلاق انما يقع في النكاح الصحيح
فلا يمكن جعله مجازا عن وقوعه توضيحه ان له ان يشتري ابنه
وليس له ان يتزوج بنته والعتق يترتب في الملك الفاسد والطلاق
لا يقع في النكاح الفاسد وذلك مقدار فهم القوم ولو قال
هذا ابي او قال هذه امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف
لما بينا وفي جوامع الفقه قيل لا يصح والاظهر انه على الخلاف
وان كان يولد مثله لمثلهما وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه
وفي هذا ابني او هذه بنتي ثبت نسبهما ولا يتوقف على التصديق
والفرق في الاول يقول استولدت امي وانا ابنك فكان
دعوى الفعل على غيره فيتوقف على تصديقه وفي الثاني يقر على
نفسه لانه يقول استولدت امك وانت ولدي وفي الذخيره
لو قال هذا عمي او خالي او ابن اخي او ابن اختي يعتق روايه
واحده وفي الذخيره في بعض النسخ لا يعتق وكذا هذا اخي لابي

او امي او هذه اختي لابي او امي وان قال هذا اخي او اختي لا يعتق
في ظاهر الرواية وهي رواية الاصل الا بالنية لانه ظاهر في الحنو
والشفقة والتشبيه وعن ابي حنيفة في رواية الحسن يعتق بغير
نية وان قال هذا ابني من الزنا عتق ولا يثبت نسبه ولو
قال لعبد صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق
بالاجماع لانه لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب وهو غير
مذكور في كلامه بخلاف الاب والابن لعدم الواسطة وفي
المرغيناني قال لعبده افعل في نفسك ما شئت فاعتق نفسه
في المجلس عتق وفي المنهاج قال اعتقتك اليك او حررتك اليك
ونوى التفويض اليه فاعتق نفسه في المجلس عتق وفي المرغيناني
نظر الى عشر جوار فقال ان اشتريت جارية منكن فهي حرة
فاشترى جاريتين صفقة واحدة احداهما لنفسه والاخرى
لغيره لم يعتق واحدة منهما قال والمعنى فيه غموض قال صم
عني يوما وانت حر او قال صل عني ركعتين وانت حر عتق في
الحال فعل ذلك او لم يفعل ولو قال حج عني حجة وانت حر لا
يعتق حتى يحج عنه لان النيابة جارية في الحج دون الصوم والصلاة
ولو قال ان سقيت حماري فانت حر فذهب به الى الماء ولم
يشرب عتق لان المراد به عرض الماء عليه وفي جوامع الفقه
قال انت عتاق او حرية يعتق بالنية ولو قال انت حر قبل
ان اخلق لا يعتق قلت ينبغي ان يعتق لانه يجوز ان
يكون حر الاصل او اعتق قبل ان يخلق هو وفي المحيط قال رجل

انا مولى ابيك اعتق ابوك ابوي فهو حر وكذا لو قال انا مولى ابيك
ولم يقل اعتقني فهو حر لانه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن اقرارا
بالرق وان زاد اعتقني فهو مملوك اذا جحد الوارث وفي الينابيع
قال لعبده سميتك حرا او قال جعلتك حرا او اصلك حر او والداك
حران ان كان يعلم انه من السبي لم يعتق والا عتق وفي المحيط
وان كان مولدا في دار الاسلام عتق وان قال ابواي حران لم
يعتق لاحتمال حرية امه بعد وضعه قلت وفي النسب
والاصل ينبغي ان لا يعتق لان النسب والاصل الى الاب ولا
يلزم من حرية الاب حرية الولد لاحتمال ان يكون امة امه لغيره
وان قال العبد لمولاه وهو مريض احر انا فحرك لسانه اي
نعم لم يعتق قلت ينبغي ان يقول حرك راسه بنعم وفي
الذخيرة فاشار براسه اي نعم لم يعتق وينبغي ان يقول
واوما براسه وانما يقال اشار بيده ولو قيل له اعتقت
عبدك فاوما براسه بنعم لم يعتق بخلاف النسب لان العتق
يختص بالقول والنسب يثبت بالدلالة ولا يختص بالقول وفي
الذخيرة قال كل مملوك في هذا المسجد او في بغداد حر وله
عبد في المسجد او في بغداد لم يعتق الا ان ينوي عبده قال اراد به
المسجد الجامع يوم الجمعة رواه ابن سماعة عن ابي يوسف وذكر
عن محمد فيمن قال عبيد اهل بغداد احرار وهو من اهل بغداد عتق
عبده وقال على هذا كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل
عبيده عتقوا وبه اخذ شداد وقال عصام لا يعتقون قال

الصدر الشهيد هو المختار للفتوى في المرغيناني قال عبيد
اهل بلخ احرار او قال كل عبيد اهل بلخ حر او قال كل عبد في الارض
حر او قال كل عبد اهل الدنيا حر اختلف المتقدمون والمتاخرون
فيها اما المتقدمون فقد قال ابو يوسف في نوادره لا يعتق
وقال محمد في نوادر ابن سماعة يعتق واما المتاخرون فقال
عصام بن يوسف لا يعتق واختار الصدر الشهيد وقال
شداد يعتق ولو قال كل عبد في هذه الدار حر وعبده فيهم
عتق عبده بالاتفاق ولو قال ولد ادم كلهم احرار لا يعتق
عبده بالاتفاق واتفقوا على ان من قال كل رجل اعتق عبده
فاشترى عبدا لم يعتق ومحمد فرق بينها وبين ما تقدم
فقال اتيقن بكذبه هنا اذا لم يحط علمه بذلك ولو قال
مالي حر لا يعتق عبيده لانه لغو لان الحرية لا تستعمل في المال
ولانه مراد بها الصفا والخلوص عن شركة غيره فيه ولو قال
لعبده هذا ولدي الاكبر يعتق في القضا وفي الديانه لا يعتق
اذا قال اردت به التلطف والتشبيه وفي الحاوي هذا قول
ابي الليث وقال غيره لا يعتق وفي المنتقى قال عبدي الذي هو
قديم الصحبة حر قال محمد من صحبه منهم ثلث سنين عتق وهو
قول ابي يوسف وقيل ستة اشهر وقيل سنة قال في
المحيط وهو المختار ستة لا لا بقوله تعالى حتى عاد كالعرجون
القديم والعرجون نبت ينقطع في كل ستة اشهر والطري الحديث
ينبت عليها فيجعل الباقي قديما وهو اوسط الاقوال قلت

لا يلزم من قدم العرجون في السنة قدم الصحبة وفيها ان العبد
الذي خدم استاذه سنة لا يقال له في العرف هذا قديم الصحبة
ولو قال هذا حر هذا الاخر عتقا ولو قال هذا هذا حر عتق
الثاني على ان الحرية متى تخللت بينهما امكن ان يجعل الحرية خبرا
لهما لان تقدم الخبر على المبتدا جايز قلت لا يجوز ان
يكون خبرا لهما لانه لا يخبر بواحد عن اثنين لكن وجهه ان الثاني
بدل على الاول فكانه قال هذا حر هذا حر الاخر فحذف حر الثاني
لدلالة الاول عليه وفي الثانية ابدل الثاني من الاول قبل ذكر
خبره فكان ناقصا ملغا وبقي الخبر الثاني فيعتق وحده

قوله وان قال لامته انت طالق او باين
او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وبه قال ابن حنبل وقال الشافعي
يعتق وهو رواية عن ابن حنبل اذا نوى العتق وعلى هذا الخلاف
ساير الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم وفي المنهاج
وكل صريح وكناية للطلاق وفي المبسوط اذا قال لامته انت
طالق او قد طلقتك ونوى به العتق لم يعتق عندنا وقال
الشافعي يعتق بالنية وكذلك ساير كنايات الطلاق كقوله قد
بنت مني او حرمت او انت خلية او برية او باين او بتة او بتلة
او حرام او حبلك على غاربك او اخرجي او اعزبي او استبري او اذهبي
او قومي او اختاري فاختارت نفسها او تقنعي او قال ذلك
لعبده فهو كله على الخلاف وكذا لو قال لعبده او امته طلقتك
فانه لا يعتق وان نوى واما لو قال لامته اطلقتك ونوى

به العتق يعتق بالاتفاق وللشافعي ان التحريم موجب التحرير وذكر
الموجب وارادة الموجب به جائز كقوله اعتدي اذا نوى به الطلاق
لان العدة مسببة عن الطلاق اذ الطلاق هو الموجب للعدة
بعد الدخول ونص على هذا محمد في الجامع اذا قال ان مشيت
ونوى به استطلاق البطن يجوز لان استطلاق البطن يحوجه
الى المشي فكان ذلك من باب ذكر المسبب وارادة السبب
الذي هو استطلاق بطنه ولنا ان الطلاق وضع لازالة
ملك المنفعة كفسخ الاجارة فلا يصلح لازالة ملك الرقبة لانه
اقوى منه كمن قدر على ازالة عشرة ارطال عن مكانها لا يقدر
على ازالة عشرة قناطير عن مكانها ولان الواقع بالطلاق في موضعه
يستدرك بالرجعة واذا نوى العتق لا يستدرك بالرجعة فكان
مخالفا لما في وضعه فلا يحل بالطلاق ولان الامة لو عتقت
بالطلاق لوجب عليها التربص بالعتق لان الطلاق هذا حكمه
في محله ولان الطلاق يتكرر والعتق لا يتكرر وقال في منتخب
الطريقة لا رواية في العتق بقوله انت بائن قلت قد
ذكر شمس الائمة السرخسي الرواية فيه ولانه لو حلف لا يعتق
فطلق منكوحته وهي امة الغير لا يحنث في يمينه اجماعا فعلم ان
الطلاق ليس باعتاق ولانه لو اعتق امته ثم تزوجها لا ينتقص
عدد طلاقها ولان طلاق العبد لغو لغة وعرفا وشرعا فيلغو
والنية المجردة عن اللفظ او عن اللفظ الصالح لا يعتبر فان قيل
وجب ان يعتبر الفاظ الطلاق في العتق بالفاظ العتق في الطلاق

فانها تستعمل في الطلاق بالنية فكذا عكسه والاستعارة للاتصال
بين الشيئين لمعنى مشترك طريق صالح في اللغة كلفظ الاسد
للشجاع والحمار للبليد وبين الملكين قدر مشترك وقد استويا
في التعليق والاضافة فيجعل ما كان صريحا في ازالة ملك النكاح
كناية في ازالة ملك اليمين قلت شرط الاستعارة ان
المعنى في المستعار منه ظاهرا معروفا بين الناس ولا يكون خفيا
لا يعرفه الا احاد الناس كالشجاعة في الاسد والبلادة في الحمار
وما كان خفيا فيه لا يستعار لغيره كالبخر في الاسد فانه من
لوازمه ولا يقال للابخر اسد بطريق الاستعارة لما ذكرنا
لخفائه وعدم ظهوره وشهرته والطلاق منكر في العبد جدا والمعنى
الذي وضع له فيه بعيد في المستعار له جدا بخلاف الشجاعة
في الاسد والادمي فانها ظاهرة جلية فيهما ولا مشابهة بين
العتق والطلاق لا من جهة الصورة ولا من جهة المعنى لان
الطلاق ازالة المانع من الانطلاق والمراة حرة محبوسة عند
الزوج ممنوعة عن ذلك فبالطلاق يزول المانع من الانطلاق
والاعتاق اثبات العتق الذي هو القوة وبه تثبت المالكية والقدرة
على الانطلاق ولا مشابهة بين اثبات القوة وزوال المانع اذ
الاثبات امر ثبوتي والزوال امر عدمي ونقيض الثبوت لا ثبوت
وهو معنى الزوال والشيء لا يحتمل نقيضه وذلك بمنزلة احياء
الميت وحل قيد المقيد فكان كاستعارة الاسد للحمار والحمار
للذكي وان كان بينهما قدر مشترك وهو الحيوانية والوجود

وغيرها وموجب النكاح ملك المتعة وملك الرقبة سبب لملك
المتعة في محله فكان مزيلا لملك الرقبة فصلح مزيلا لملك المتعة
فصلح كناية عن الطلاق واما ما يزيل ملك المتعة لا يصلح سببا
لازالة ملك الرقبة كما ذكرنا فلا كناية عنه ولهذا قلنا ما يصلح
لاستجلاب ملك المتعة كالنكاح والتزوج لا يثبت به ملك
الرقبة وما وضع لاستجلاب ملك الرقبة كالهبة والبيع يصلح
لافادة ملك المتعة كالنكاح ووجه اخر ان الثابت
بالنكاح ملك الانتفاع بها لا غير ولهذا لو وطيت بالشبهة
كان مهر مثلها لها لانه بدل المنفعة وهو لمن يملك المنفعة
والانتفاع قبل الاستيفا معدوم فلا يجوز استعارة اللفظ
الذي وضع لقطع الانتفاع لرفع ملك الرقبة لوجهين احدهما
ان ملك الرقبة اقوى فما كان مانعا من الانتفاع لا يصلح رافعا
للقوي الثابت لانه اقوى منه كما تقدم والوجه الثاني ان
الاستعارة انما تجري بين الموجودين لا بين المعدوم والموجود
وفي المبسوط قال شمس الايمة السرخسي لا معنى لما قال الشافعي
انه ذكر الموجب الذي هو الحكم واراد به الموجب لانه لا يصلح
كناية عن الحكم لانه لا حكم بدون سببه والسبب يتحقق بدون مسببه
الذي هو الحكم فان الاصل مستعار للتبع والتبع لا يستعار
للاصل لافتقار التبع الى الاصل واستغنا الاصل عن التبع
وفي اعتدي وقوع الطلاق بالاضمار ولهذا يقع على غير المدخول
بها ولا عدة عليها وقد ذكرنا جواز ذلك واستشهدنا عليه

بمسئلة الجامع قال وكذا اذا قال لامراته انت علي حرام فالعامل
لفظ الحرام بحقيقته وليس كناية عن الطلاق عندنا ولهذا يقع بائنا
وليس بطريق ذكر الموجب وارادة الموجب لان التحريم ينافي النكاح
ابتدا وبقا وذلك لا يوجد هنا فان حرمة الامة عليه لا تنافي
الملك ابتدا وبقا كما في امته المجوسية واخته من الرضاعة
والامة التي وطي امها او بنتها وقوله واما الاحكام ثبت
بسبب سابق وهو كونه مكلفا هذا جواب عما يقال لا نسلم
ان الاعتاق اسقاط بل هو اثبات الولايات من المالكية والسلطنة
والولاية والشهادة والتصرف فقال هذه الاحكام ثبتت
بالتكليف السابق على العتق لكن حق المولى كان مانعا فاذا زال
ظهرت تلك الاشيا الثابتة بالادمية والبلوغ والعقل
قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر لم
يعتق لان مثل الشي غيره ويستعمل في المشاركة في بعض
المعاني فلا يعتق بالشك ولو قال ما انت الا حر عتق لان
الاستثنا من النفي اثبات كما في كلمة الشهادة ولهذا لو قال
ما لك علي الا عشرة دراهم تلزمه وقد تقدمت المسئلة في
فصل الاستثنا ولو قال راسك راس الحر لا يعتق لان
معناه مثل راس الحر او يحتمله فلا يعتق بالشك ولو قال
راسك راس حر عتق لانه وصف راسه بالحرية فكانه قال
راسك حر وكذا لو قال بدنك بدن حر او قال وجهك وجه
حر وقيل في قوله انت مثل الحر او ما انت الا مثل الحر ينوي

العتق يعتق واستدل لهذا القايل بقوله انت مثل امراة فلان وقد
كان فلان قد الى منها فانه يكون منها وفي المحيط لو قال لحرة
انت حرة مثل هذه يعني امته عتقت وان قال مثل هذه الامة
لم تعتق لانه بين انها امة ولو قال لثوب خاطه عبده هذه
خياطة حر او لدابة مملوكة هذه دابة حر او لمشي عبده هذه مشية
حر او لكلامه هذا كلام حر لم يعتق الا بالنية لانه تشبيه وتمثيل
كقوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق

فصل قوله ومن ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه قال ابو سليمان حمد بن محمد الخطابي في معالم السنن
ذهب اكثر العلماء اليه روي ذلك عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن
مسعود رضي الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة وهو قول
الحسن بن ابي الحسن البصري وجابر بن زيد وعطا والشعبي والزهري
وحماد والحكم والثوري والنخعي وقتاده وابن شبرمة وابو سلمة
والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب ذكرهم في المحلي واحمد
واسحق والظاهرية وقال ابن حزم وهذا مما خالف فيه
المالكيون جمهور العلما وصاحبين لا يعرف لهما مخالف وكذا الشافعي
وعنده اذا عمل بالمرسل واحد من الصحابة كان حجة وقال مالك
يعتق عليه الوالد والولد والاخوة لا غير هكذا نقله عنه الخطابي
وابن حزم ومذهبه عتق جميع عمود النسب والاخوة وانما ذلك
قول يحيى الانصاري ذكره في المدونة والجواهر وقال الشافعي
يعتق عليه ابوه وجده وان علا وامه وجدته وان علت وولده

وولد ولده وان سفل وذلك عمود النسب دون الاخوة وغيرهم
من ذي الرحم المحرم واما ذو الرحم المحرم من الرضاعة فانه لا يعتق
عند عامة اهل العلم وقال القاضي شريك بن عبد الله يعتق عليه
وهو قول ابن مسعود والحسن ذكرهما في المحلي وان كانت المحرمية
بغير رحم وذهب الظاهرية وبعض المتكلمين الى ان الاب لا يعتق
عليه بالملك وهو شذوذ وتعلقوا بحديث ابي هريرة انه عليه السلام
قال لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه
الجماعة الا البخاري ويروى فيعتقه ويروى والدا وقال الاوزاعي
يعتق كل ذي رحم محرمة كانت او غير محرمة واعتق ابن العم وابن الخال
ويستسعيهما قال ابو محمد لا نعلم قول الشافعي عن احد قبله وليس
له فيها انيس وقال ابو سليمان لا يعتق احد على احد وقال ابن حزم
في المحلي فان ملك بعض ذي رحم محرمة لم يعتق عليه الا الوالد والاجداد
والجدات فقط فانهم يعتقون عليه ان كان له مال يحتمل قيمتهم والا
استسعوا واجبر على ابتياعهم باغلى قيمتهم وعتقهم ولم يجبر السيد
على بيعهم وزعم الشافعي ان عتق من ذكر اجماع قال علي وهذه دعوى
كاذبة وما يحفظ في هذه قول عشرين من صاحب وتابع وهم الوف
فاين الاجماع فان قيل قال الله تعالى وبالوالدين احسانا قلنا
اتموا الاية وبذي القربى واحسانا ذكر في سياق الايات فيصدق
بادنى احسان اليهما وان دل السياق على خلافه فليس فيه تعرض
الى عتقه عليه دون غيره فان الاحسان الى الاهل بصلة الرحم من
الواجبات واحتج المالكيون بقوله تعالى في الوالدين واخفض

لهما جناح الذل من الرحمة قالوا ولا يمكن خفض الجناح لهما مع استرقاقهما
واما الولد فان الله سبحانه يقول وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان
كل من في السموات والارض الا اتي الرحمن عبدا فدل على ان الرق
والولادة لا يجتمعان واما الاخ فقد قال تعالى عن موسى عليه السلام
اني لا املك الا نفسي واخي قالوا كما لا يملك نفسه كذلك لا يملك اخاه
وتعلقوا بحديث ابن عباس قال كان للنبي عليه السلام مولى يقال له
صالح فاشترى اخاه فقال عليه السلام قد عتق حين ملكته وفيه
حفص بن سليمان ساقط وابن ابي ليلى سيء الحفظ وليس فيه ارقاق عمه
واما احتجاجهم بقوله اني لا املك الا نفسي واخي فتحريف للكلم عن
مواضعه وتخليط سمج لان موسى عليه السلام لم يملك رق نفسه ولا
رق اخيه لانهما حران نبيان ولا يجوز البتة ان يستدل بالاية على
عتق الولد ولانه لا يملكه وليس فيها الا الخبر عنهم انهم عبد لا اولاد
ولو كان كما قالوا لوجب عتق الزوجة والشريك اذا ملكا لان الله تعالى
نفاهما كما نفى الولد سواء سواء واخبر ان الكل عبيد ولا فرق فسقط
احتجاجهم جملة ولنا رواية الحسن عن سمرة بن جندب ان النبي
عليه السلام قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر قال ابو البركات
ابن تيمية في المنتقى رواه الخمسة الا النساى وفي رواية لابن حنبل
فهو عتيق قال المنذري محرم بفتح الميم وسكون الحاء المهملة وفتح
الراء وتخفيفها ويقال بضم الميم وتشديد الراء وفتحها واختلفوا
في سماع الحسن من سمرة وشعبة رواه مرسلا عن الحسن عن
النبي عليه السلام وهو احفظ من حماد بن سلمة وقد انفرد به وروى

جابر بن زيد والحسن مثله مرسلا واخرج النساى وابن ماجه من
حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر ولفظ ابن ماجه عتق قال النساى
لا نعلم احدا رواه عن سفيان غير ضمرة بن ربيعة وضمرة وثقه يحيى بن
معين ومحمد بن سعد واحمد بن حنبل وغيرهم وفي المحلى قال الحافظ
ابو محمد من طريق احمد بن شعيب وهو النساى عن ابن عمر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق فهذا
حسن صحيح كل رواته ثقات تقوم بهم الحجة وقد تعلل فيه الطوائف
المذكورة بان ضمرة بن سعيد صوابه ابن ربيعة وضمرة بن سعيد عمره
انفرد به قلنا فكان ماذا ومتى لحقتم بالمعتزلة في ان لا تقبلوا اما
رواه الواحد عن الواحد وكم من خبر انفرد به راويه فقبلتموه ولكنكم
لا تقبلون ما انفرد به من لا خير فيه كابن لهيعة وجابر الجعفي وغيرهما
واما دعواكم انه اخطا فيه فباطلة لانها دعوى بلا برهان وعن عبد الله
ابن ابي جعفر عن بكير بن الاشج عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من اعتق عبدا وله مال فماله له الا ان يستثنيه
السيد فراى المالكيون والشافعيون هذا الخبر صحيحا وعملوا به ولم يروا
انفراد عبيد الله بن ابي جعفر وقول من قال اخطا فيه حجة في رده وتركه
فهل من الدليل على التلاعب بالدين وقلة المراقبة اكثر من هذا نعوذ بالله
من الضلال باتباع الهوى هذا كلامه ومن طريق حماد بن سلمة عن عاصم
الاحول وقتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي عليه السلام كما تقدم فقال
المالكيون والشافعيون ان الحسن لم يسمع من سمرة وهو منقطع لا تقوم

به حجة وقد احتجوا بما روى قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاث فقالوا هو حجة لا نضر ما قيل فيه ان الحسن لم يسمع من سمرة شيا والمنقطع تقوم به الحجة ولم يروا خبر عتق ذي الرحم المحرم حجة لان الحسن لم يسمع من سمرة والمنقطع لا تقوم به الحجة قال وفي هذا كفاية لمن عقل ونصح نفسه ورواية النساى ذكرها المنذري في مختصر سنن ابي داود ومحمد بن عبد الواحد المقدسي الملقب بالضيا وابن حزم في المحلى وقول ابن تيميه في المنتقى رواه الخمسة الا النساى سهو والنساى من الخمسة في رواية حديث سمرة وفي المسلة تسعة اقوال لا يعتق احد على احد قاله ابو سليمان والثاني يعتق الاب والام والولد والاخ والاخت فقط قاله يحيى بن سعيد الانصاري والثالث عمود النسب لا غير قاله الشافعي والرابع كل ذي رحم محرم قاله الجمهور مع اصحابنا والخامس كل ذي رحم قاله الاوزاعي والسادس كل محرم وان كانت المحرمية من الرضاعة كقول ابن مسعود وشريك بن عبد الله القاضي والسابع ان ملك ذا رحم محرم كله عتق وان ملك بعضه لا يعتق وهو قول الظاهرية والقول الثامن ان ملك اباه يجب عليه ان يعتقه ولا يعتق بنفس الملك وهو قول داود وبعض المتكلمين على ما ذكرنا والتاسع عمود النسب مع الاخوة قاله ملك وقول ابن حزم ان ضمرة بن سعد انفرد به سهو وهو لم يرو هذا الحديث وانما رواه ضمرة بن ربيعة عن الثوري وابن سعيد متقدم يروي عن انس وغيره ذكرها في الكمال وللشافعي ان العتق من غير رضى المالك ينفيه القياس لما فيه

من الضرر بزوال ملك الانسان جبرا وان لم نفه لا نقضه والاخوة وما اشبهها نازلة عن الولاد وعمود النسب لعدم الجزئية والبعضية فيها فامتنع الالحاق لقيام الفارق او الاستدلال لانهم ليسوا في معنى عمود النسب ولهذا امتنع التكاتب في غير الولاد ولم يمتنع في الولاد لقيام الجزئية والبعضية ولنا ما ذكرنا من حديث ابن عمر وسمرة بن جندب وقد حكم ابن حزم بصحة حديث ابن عمر وقال رواته كلهم ثقات ولم يعللوا في حديث سمرة الا بالارسال فيما رواه شعبة بن الحجاج وهذا المرسل حجة باتفاق الايمة الاربعة واصحابهم اما الايمة الثلثة فالمرسل عندهم حجة بلا شرط وعند الشافعي اذا عمل به بعض الصحابة كان حجة او عمل اكثر الناس به كان حجة وقد ذكرنا عمل الصحابة به وعمل اكثر الناس فلا يجوز تركه على اصله والعمل بغير حجة عنده ولانه ملك قريبه قرابة موثرة في المحرمية فيعتق عليه والمحرمية هي الموثرة في الاصل لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها والولاد ملغى قال صاحب الكتاب حتى وجبت النفقة وحرم النكاح قلت الاول ممنوع عنده ولا يجب النفقة الا في عمود النسب عنده دون غيرهم من ذوي الرحم المحرم ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او كان في دار الاسلام لعموم العلة بخلاف النفقة والفرق بينهما قد تقدم في النفقات وانما قال في دار الاسلام لانه لا حكم لنا على من في دار الحرب والفرق في التكاتب بين قرابة الولاد وغيرها ياتي في كتاب المكاتب ان شا الله وعن ابي حنيفة يتكاتب على الاخ ايضا كقولهما فلا فرق على هذه الرواية والمعتبر في المحرمية ان يكون بالرحم والقرابة حتى لو ملك

ابنة عمه وهي اخته من الرضاعة لم يعتق لعدم المحرمية بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون لان العتق مستحق عليهما لتعلق حق العبد به فاشبه النفقة ولهذا لو وجدت زوجة الصغير مجبوبا تفرق بينهما ويكون طلاقا على الاصح لما ذكرنا ذكره في الجامع ومن اعتق عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق فكان اعتاقه عبادة في الاولى دون غيرها وقد ذكرنا المسئلة في اول الكتاب وفيه خلاف الظاهرية انه لا يعتق في الاخرين ولا بد من قصد القربة عندهم واعتاق المكره والسكران واقع الاول فيه خلاف الايمة الثلاثة واعتاق السكران اتفاق بين الايمة الاربعة على المختار عندهم وقد تقدمت المسئلتان وادلتهما في الطلاق **قوله** واذا اضاف العتق الى ملك بان يقول ان ملكتك او اشتريتك فانت حر لان معناه ان ملكتك بالشرا كما تقدم في الطلاق عتق اذا وجد الملك في الاول مطلقا وفي الثاني بالشرا وفيه خلاف الشافعي وحده وعند ابن حنبل يعتق كقولنا بخلاف الطلاق عنده وعللوا بان الشرع يتشوف الى العتق دون الطلاق واما التعليق بالشرط بان يقول لعبده او امته ان دخلت الدار فانت حر او انت حرة وهذا لا خلاف فيه انه يعتق اذا وجد الشرط في الملك واما اذا جا غدا او راس الشهر فانت حر فكذلك لا يعتق حتى يوجد الشرط بخلاف الطلاق عند مالك فانه يقع في الحال فيهما لكن في الامة لا يحل له وطيها قبل وجود الوقت وخالف فيه الايمة الثلاثة وفي المدونة اذا قال لعبده انت حر اذا مات فلان منع من بيعه وله ان ينتفع به الى ذلك الاجل فان كانت

امة لا يطاها وينتفع بخدمتها الى ذلك الاجل فان مات سيدها خدمت ورثته الى موت فلان بخلاف المدبرة فانها توطا ويلحقها الدين ومنه لا يلحقها الدين وعتقها من جميع المال ذكره في المدونة وزعموا ان النكاح في ذلك يصير كالنكاح الموقت كنكاح المتعة وهو باطل فلاجل ذلك وقع الطلاق قلنا كذلك يصير الملك موقتا وهو باطل وقالوا في بقا الملك فايدة جواز استخدامها بخلاف المنكوحة فانها لا تخدمه وفي المغني عن مالك انه يعتق في الحال وهو غلط قال جاز تعليقه بالشرط لان العتق اسقاط كالطلاق بخلاف التمليكات ويرد على اصحابنا انهم قالوا الاعتاق اثبات العتق الذي هو القوة ولم يجعلوه اسقاطا لكن جواز تعليقه بالشرط وجواز اضافته اجماع ويمكن ان يقال ومنه اسقاط الرق الذي هو الضعف وازالته ولا شك ان العبد باعتاقه لا يبقى في يده شي فناسب اسقاط الحق من هذا الوجه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لحديث ابن عباس ان عبدين من الطايف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي عليه السلام احدهما ابو بكرة ذكره محمد بن جرير الطبري في تهذيب الاخبار وابن المنذر وعن الحجاج بن ارطاة عن ابي سعيد الاعشى قال كان من وصاياه عليه السلام اذا خرج عبد الحربي الينا مراغما لسيده فاسلم ثم خرج سيده لا يرده اليه ومعنى اعتاقه عليه السلام الحكم بعتقهم بخروجهم من ارض الشرك مراغمين مواليهم بهجرتهم الى الله ورسوله مسلمين وفي المنتظم لابن الجوزي نزل بضعة عشر رجلا منهم ابو بكرة جد القاضي بكار بن قتيبة البكراوي واسمه نفيع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم

سمى ابابكرة لانه نزل بكرة وقيل تدلى ببكرة فى نزوله وهو الذى ركع
قبل اتصاله بالصفوف فقال له عليه السلام زادك الله حرصا فلا
تعد ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتدا
لكن يرد على صاحب الكتاب قوله خرجا فاسلما فانه يدل ان اسلامهما
كان بعد خروجهما وفى المختلف لو دخل حربى دار الاسلام بغير امان
فهو فى لجماعة المسلمين عنده وعندهما هو لمن اخذه فان اسلم قبل
اخذه لا يملك عندهما وعنده فى وان اسلم قبل دخوله دار الاسلام
لا يملك بالاتفاق وفى الاشراف لو اسلم عبد الحربى وخرج مستامنا
فهو حر كالحربى اذا خرج مسلما فان جا سيده مسلما لا يرد اليه وقال
الاوزاعى يرد اليه ومذهب ملك وابن حنبل كقولنا ذكرهما فى
التبصرة والكافى وكذا عند الشافعى ذكره فى التلخيص وعند الظاهرية
يعتق بالاسلام من غير خروج ويبطل قول الظاهرية بسلمان فانه اسلم
وسيده ولم يعتق بذلك ذكره فى المحلى قوله وان اعتق
حاملا عتق حملها وهذا مما لا خلاف فيه فيما علمت وان استثنى
حملها فليس له ذلك ويعتق تبعا كاستثناء اطرافها عندنا وبه
قال ملك والشافعى وعن ابن عمر وابى هريرة انه يصح استثناؤه من
العتق وبه قال النخعى وابن سيرين وعطا والشعبى وابن حنبل واسحق
وان اعتق الولد وحده عتق لانه نفس على حدة ولهذا تصح الوصية له
وفى جعلها تبعا له فى العتق قلب الموضوع بخلاف الاول وفى شرح
المدونة لابن يونس لو اعتق حمل الامة لا يبيعها فى صحته ولا فى مرضه
وكذا عندنا قبل وضعه قال الا ان يقام عليه بالدين وللورثة بيعها

قال ابن القسم الناس كلهم على خلاف قول ملك هذا ويقولون لا يباع
وقال الليث تباع ويستثنى الحمل حرا وفى المنهاج لو كان حمل
الامة لرجل وهى لاخر لم يعتق احدهما حتى يعتق الاخر ولا يسرى وعند
الظاهرية لا يجوز عتق الجنين دون امه اذا نفخ فيه الروح ويجوز
عتقه قبل نفخ الروح فيه ويكون امه به حرة وفى المدونة وهب
ما فى بطن امته لرجل ووهبها لاخر واعتقها هو او وارثه بعد موته
فالعتق احق بها ويعتق جنينها ويسقط هبته وعن ابن القاسم فيمن
تصدق بامته على رجل وبما فى بطنها على اخر فوضعت ان الولد للذى وهب
له والامة لمن وهبت له فان اعتقها الموهوب له قبل الوضع كانت
حرة بما فى بطنها والفرق بين اعتاق الحمل وبين بيعه وهبته ان
القدرة على التسليم وقت العقد فيهما شرط الصحة ولم يوجد بخلاف
العتق لانه اسقاط على ما تقدم ولو اعتق الحمل على مال عليه او على
امه صح العتق لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة لعدم معاوضة المال
بالمال ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الالزام عليه ولا على امه
لان اشتراط بدل العتق على من لا يسلم له المبدل لا يجوز على ما عرف
فى الجامع وسياتى فى البيوع ان شا الله تعالى ويعلم قيام الحمل وقت
الاعتاق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق لانها
ادنى مدة الحمل وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق
عليه وصوابه ان ولده من امته يعلق حر الاصل ولا يوجب لاحر ولا
ولهذا يرثه ابنه ويرثه ولو كان بالعتق يرث منه الابن وهو قول
الائمة وفى المبسوط فان الولد يعلق حر الاصل من المائين وفى المرغينانى

المغرور باستيلاد ام ولد الغير يعلق ولده حر الاصل ولا يكون حكمه
حكم ام الولد فلهذا يضمن المغرور قيمته بالاتفاق وان كانت ام الولد لا
مالية فيها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وولدها من زوجها مملوك
لسيدها لانه يتبعها في الرق والحرية والام هي الاصل للسقي وهذا
ولد الزنا وولد الملاعنة ثابت النسب من الام دون الاب حتى
توارثا دون الاب والزوج قد رضي برق ولده وهذا اجماع حتى
لو كان الزوج هاشميا يكون ولدها هاشميا رقيقا وفي رقه خلاف
بين الناس بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض برقه فيكون حر الاصل
كولده من امته وان وجبت على الاب قيمته للمستحق وولد الحرة
حر سواء كان زوجها حرا او عبدا لما ذكرنا من ترجيح جانبها وانما
رجح جانب الاب في النسب لانه للتعريف وحال الرجال مكشوفة
فيعرف الولد بالاب والنساء لا يعرفن لخفاء احوالهن فخولف فيه الاصل
المذكور ويتبعها في الرق والتدبير وامية الولد والكتابة وفي المدونة
ولد المدبرة مدبر وهو قول عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن
ثابت وجابر بن عبد الله وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان
ابن يسار والحسن والقسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز
والزهري ومالك والثوري والحسن بن صالح وابن حنبل وفي المنهاج
ان ولدت المدبرة من نكاح او زنا لا يصير ولدها مدبرا على المذهب
وان دبر الحامل صار مدبرا على المذهب وقال جابر بن زيد وعطا
لا يتبعها ولدها في التدبير ولا يعتق بموت سيدها ويروى مثله
عن ابن حنبل واعتبراه بالتعليق بدخول الدار وللجمهور القياس

على تبعيته ولد ام الولد ولهذا كان ولد الحرة حرا وان كان ابوه عبدا

باب العبد يعتق بعضه

قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته
لمولاه وكذا في الاسبيجابي قلت لا يعتق منه شيء عند
ابي حنيفة بل يستحق الحرية في ذلك بغير عوض ويزول ملكه فيه
لان العتق لا يتجزا عنده كالطلاق والعفو عن القصاص وفي المنافع
قوله عتق ذلك البعض اي زال ملكه عن ذلك البعض ولم يرد به
حقيقة العتق وانما اراد به ثبوت اثره وهو زوال الملك والملك
يتجزا كالبيع والهبة وهكذا في المبسوط وفي البدايع العتق
والاعتاق يتجزا عند ابي حنيفة والفرق عسر شديد لان العتق حكم
الاعتاق ولانه يلزم منه تخصيص العلة لتاخر العتق عن الاعتاق
فصرح ان العتق على الخلاف ايضا في البحري وفي المحيط والاسبيجابي
العتق يتجزا عنده ومرادهما الاعتاق ولذا لو قال بعضك حر
او جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فهو سدسه
ذكره في جوامع الفقه وقيل الخلاف في السهم لا غير ويأتي في
الوصايا ان شاء الله تعالى وعندهما يعتق كله ولا يستسعيه
ذكره في التحفة وفي الاشراف قول ابي حنيفة هو قول الحسن البصري
وذكره عن علي رضي الله عنه وقولهما قول قتادة والثوري والشعبي
والشافعي وابن حنبل ويروى عن عمر رضي الله عنه وحاصله ان
الاعتاق يتجزا عند ابي حنيفة دون العتق وعندهما لا يتجزا واحد
منهما وعند الشافعي ومالك وابن حنبل يتجزا ان في الاعسار

دون الخيار هذا في المشترك واما في غير المشترك فلا يتجزا واحد منهما
ويلزم من اعتاق بعضه اعتاق كله عندهما مع الايمه الثلثه لهما
ما ذكرنا ولابي حنيفه ان الاعتاق ازالة الملك او اثبات العتق
الذي هو القوه بازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع
ضُرب عليه الرق جزا الكفر حيث استنكف ان يكون عبدا لله
فجعله الله عبد عبيده فكان حق الشرع من هذا الوجه او حق المسلمين
ليكون معونه للمكلفين على اقامة التكاليف واما يملك من التصرف
ما يخص حقه وهو ازاله ملكه دون ملك غيره حتى لو قال
اعتقت نصيبك لا يعتق شي بالاجماع والاصل اقتصار التصرف
على محله دون التعدي الى غيره ومحله ملكه وهو متجزي على ما
ذكرنا ويجب السعايه لاحتباس ماليه العبد فيه فيما لم يعتقه
والمستسعى بمنزله المكاتب عنده غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق
لانه اسقاط لا الى احد وفي بعض النسخ لا الى اجل بخلاف المكاتب
قلت قولهم المكاتب غير جيد فان ملك المولى ثابت في
المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض زال ملكه عن
البعض فليس هو نظير المكاتب والجيد ان يقال سقط ملكه عن
البعض واستحق الحريه فيه بغير عوض وفي جوامع الفقه
الاستسعا ان يواجره وياخذ قيمه نصفه من الاجره ويعتبر قيمته
في الحال وذكر القاضي الامام بديع الدين ان تاثير الاعتاق
في ازالة الملك قصدا وابتدا وفي ازالة الرق ضمنا وتبعا على
قول ابي حنيفه وعندهما على عكسه له ان الملك حقه والرق حق الله

على ما تقدم والانسان لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدا وابتدا كما لو
اعتق نصيب شريكه فانه لا ينفذ لكن يتمكن منه ضمنا وتبعا كما لو اعتق
نصيبه فانه يتعدى الى نصيب شريكه ضمنا فلم يكن تاثير اعتاقه في
ازالة الرق قصدا وابتدا ويكون تاثيره في ازاله ملكه قصدا وابتدا
وازالة الملك مما يقبل الوصف بالتجزي فعلى قوله معتق البعض
لا يعتق منه شي ولكن يزول ملكه عن ذلك البعض ويدوم الرق
في الكل والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره
يقتصر عليه لكن اذا امكن تكميله يكمل حتى لو استولد القن يضمن
نصيب شريكه موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فان قيل
ازاله الملك لا يسمى اعتاقا كالبيع والهبة المزيلين للملك قلت
سمي ذلك اعتاقا باعتبار عاقبته فانه لا بد ان يترتب عليه العتق
بطريقه كالجرح الذي يترتب عليه زهوق الروح يسمى قتلا بخلاف
البيع والهبه ونحوهما قوله واذا كان العبد بين
شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق بالتفسير المتقدم فان كان موسرا
فشريكه بالخيار ان شا اعتق نصيبه وان شا ضمن شريكه قيمه نصيبه
وان شا استسعى العبد في قيمه نصيبه فان ضمن رجع المعتق على
العبد بذلك والولا للمعتق لانه اعتاق بعوض وان اعتق او استسعى
فالولا بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ايضا ان
شا اعتق وان شا استسعى والولا بينهما في الوجهين وهذا عند
ابي حنيفه وفي التحفه له فيه خمس خيارات ان كان موسرا ان شا
اعتق نصيبه وان شا دبر وان شا كاتبه وان شا استسعاه وان

شاضمن شريكه المعتق غير انه اذا دبر نصير نصيبه مدبرا وجب عليه
السعايه للحال ويعتق ولا يجوز له ان يوخر عتقه الى ما بعد الموت وفى
المبسوط فيه ثلث خيارات ان كان موسرا وخياران ان كان معسرا
ولم يذكر فيه التدبير والكتابه كما فى الكتاب وذكر فيه ايضا فى موضع
اخر وقال لو صالح العبد عن نصيبه من السعايه على حيوان
الى اجل جاز كما لو كاتبه عليه وفى قاضى خان لو ايسر بعد ما كان
معسرا وقت الاعتاق لا يتغير الحكم وفى هذه المسله خمسه وعشرون
قولا للفقهاء القول الاول ما ذكرنا والقول الثانى ان
اعتق نصيبه او بعض نصيبه عتق العبد كله يوم ذاك فان كان له
مال غرم بقيمة نصيب شريكه اداها اليه وان لم يكن له مال سعى
العبد فى ذلك ولا شى للشريك غير ذلك ولا له ان يعتق والولا للاول
ولا يرجع العبد بالسعايه على الذى اعتقه حدث له مال او لم يحدث
وهو قول ابى يوسف ومحمد واخرين منهم الظاهريه والقول الثالث
قول ربيعه بن ابى عبد الرحمن انه لا يعتق منه شى كان باذن شريكه
او بغير اذنه قال فى المحلى رواه الطحاوى عن احمد بن ابى عمران عن محمد بن
سماعه عن ابى يوسف ان ربيعه قال له ذلك وكذا رواه يونس بن عبيد
عنه والقول الرابع انهما يتقاومانه اذا اراد احدهما اعتاقه او
كتابته والقول الخامس يعتق نصيب من اعتق ويبقى من لم يعتق
على نصيبه يفعل فيه ما شا ولا ضمان عليه وهو قول البتى وروى ذلك
عن عمر رضى الله عنه سعيد بن منصور وابو بكر بن ابى شيبه قال
ابو محمد هذا اسناد كالذهب المحض قلت فى طريق ابن ابى شيبه

سليمان بن مهران عن ابرهيم النخعى وهو مدلس وقد قال عن ابرهيم ولم
يقل حدثنى فلا يكون حجه وهو قول الزهرى والقول السادس
يعتق نصيب الذى اعتقه ولا يلزمه شى لشريكه الا ان يكون جاريه
رايعه يقصد بها الوطى فانه يضمن لشريكه للضرر وهو قول عثمان
ابن سليمان البتى والقول السابع شريكه بالخيار ان شا اعتق
وان شا ضمن ولم يذكر فيه السعايه ولا الاعسار روى ذلك عن
الثورى والليث والقول الثامن يضمن المعتق لشريكه قيمه نصيبه
موسرا كان او معسرا روى هذا عن عروه قال ابو محمد وهو مذهب
زفر بن الهذيل وبشر بن غياث المريسى والقول التاسع
يستسعى العبد لا غير موسرا كان المعتق او معسرا وهو قول عطا
الاول والقول العاشر ان كان المعتق معسرا او اراد العبد
احد نفسه بقيمته فهو اولى بذلك ان يفعل روى ذلك عن عبد الله بن يزيد
والقول الحادى عشر يعتق الباقى من بيت مال المسلمين روى ذلك
عن محمد بن سيرين والقول الثانى عشر قومت عليه حصه شريكه
واغرمها له واعتق كله بعد التقويم لا قبله وان شا شريكه اعتق نصيبه
وليس له ان يمسكه رقيقا ولا ان يكاتبه ولا ان يدبره ولا ان يبيعه
وان غفل عن التقويم حتى مات المعتق او العبد بطل وماله كله لمن
تمسك بالرق وان كان الذى اعتق معسرا فالباقى رقيق يبيعه الساكت
او يكاتبه او يدبره او يمسكه رقيقا سوا ايسر بعد اعتاقه او لا هذا
قول ملك قال على لا نعلم هذا القول لاحد قبله من السلف والقول
الثالث عشر ان كان الذى اعتق موسرا قوم عليه حصه شريكه وهو

حر كله حين اعتقه وان كان معسرًا فقد عتق منه ما اعتقه وبقي
سائره مملوكا يتصرف فيه مالكه كيف يشا من غير استسعا وهو
اخر قولي الشافعي ذكره في المحلي والقول الرابع عشر اختلفوا
فيما اذا استسعى العبد هل يكون الولاء للمستسعي او للمعتق فذهب
ابو حنيفة الى ان الولاء يكون بينهما وهو قول الحسن البصري وحماد بن
ابي سليمان والثوري وقال ابرهيم النخعي والشعبي وابن شبرمه
وابن ابي ليلى وابو يوسف ومحمد وكل من قال انه يعتق كله باعتاق
بعضه ان الولاء للمعتق دون المستسعي والقول الخامس عشر
اختلفوا في رجوع المعتق على العبد اذا ضمن فقال ابو حنيفة يرجع
عليه وقال ابو يوسف ومحمد لا يرجع وهو قول ابن شبرمه وابن
ابي ليلى والقول السادس عشر اختلفوا في رجوع العبد على
المعتق اذا سعى قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يرجع وقال
ابن ابي ليلى وابن شبرمه يرجع بذلك والقول السابع عشر ان كان
معسرًا لا ينفذ اصلا والقول الثامن عشر يعتق كله ويسعى بنصيب
شريكه دينا عليه في ذمته كاتلاف المعسر وهو القياس ذكرهما ابن
المنذر والقول التاسع عشر لا فرق بين المسلم والكافر وقال
ابو الخطاب في الكافر وجه انه لو اعتق نصيبه من المسلم لا يسري الى
باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح منه شرا المسلم ذكره في المغني والقول
الموفي عشرين قال مالك اذا كان المعتق موسرا يجوز لشريكه ان
يعتق نصيبه منجزا او مضافا عند ابي حنيفة وقال مالك يعتقه بتلا
ولا يعتقه الى اجل ذكره في المدونه والقول الحادي والعشرون

الحادي والعشرون

اذا اعتق نصيبه وهو موسر لا يعتق حتى يودي قيمه نصيب شريكه عند
ملك واخرين وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي يعتق في الحال على ما ياتي
والقول الثاني والعشرون الحال موقوفه فاذا ادى تبين انه قد
عتق كله من وقت الاعتاق وهو احد الاقوال الثلاثة للشافعي
والثالث والعشرون هل يسري بالارث عندنا يسري بلا ضمان
وعند الشافعية وبعض المالكية لا سرايه ولا ضمان والقول
الرابع والعشرون لو كان المشترك رهنا سرى عندنا وبين الشافعيه
خلاف فيها والخامس والعشرون لو اوصى بعتق نصيبه سرى
عندنا وعند الشافعيه لا يسري لانتقال ماله ولو رضي شريكه لا
يضمنه ويسعى العبد بخلاف الرضى بالشرط حيث لا يسقط تضمينه
بخلاف رضى المطلقه بالشرط في مرض الموت فانه يسقط حقها لانه
حق ضعيف فبقي على القياس ولهذا اشترط قيام العدة وحق المولى
في العبد قوي ثابت من كل وجه وفي الاسبيجابي اذا ضمن المعتق صار
نصيبه ملكا للمعتق فيعتقه او يستسعيه والولاء كله له وفي
جوامع الفقه الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ويرجع
به على المعتق قبل ان يودي وان احاله بالضمان على العبد جاز وكذا
ان ابرا المعتق من الضمان فله ان يرجع على العبد والولاء للمعتق
وبطل استسعا الساكت للعبد وكذا لو اختار الاستسعا بطل
حقه في التضمين الا ان يموت العبد ولبعض الشركا ان يختار غير ما
يختاره صاحبه من الاستسعا والتضمين الا روايه عن الحسن

ولا البعض ورثة المولى ولو اختار بعض الورثة الاستسعا فليس
للبعض الاعتاق واليسار والاعسار يعتبر في الحال واليسار قدر الضمان
من غير المنزل والخادم وثياب البدن هكذا عن ابي حنيفة رضي الله عنه
احتجت الايمة الثلثة بحديث عبد الله بن عمر عن النبي عليه
السلام انه قال من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه
ثم يعتق رواه البخاري وهذا لفظه ومسلم وعنده من اعتق عبدا
بينه وبين اخر قوم عليه في ماله قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق
عليه في ماله ان كان موسرا وعن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد
قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاه حصصهم وعتق عليه والا
فقد عتق منه ما عتق اخرجاه وفي لفظ عن النبي عليه السلام من اعتق
نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته
بقيمة عدل فهو عتيق اخرجاه قال نافع والا فقد عتق منه ما عتق
قال ايوب لا ادري اشيء قاله نافع او شيء في الحديث وعند مسلم
في حديث ايوب ويحيى بن سعيد فانهما ذكرا هذا الحرف في الحديث
وقالا لا ندري اهو شيء في الحديث او قاله نافع من قبله وعن ابن عمر
كان يفتي في العبد او الامة يكون بين شركا فيعتق احدهم نصيبه كما
تقدم وعن ابي المليح واسمه عامر وقيل عمير عن ابيه واسمه اسامة
ابن عمير ان رجلا اعتق شقيصا من غلام فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه
وسلم فقال ليس لله شريك زاد محمد بن كثير في حديثه فاجاز النبي

٢١١

عليه السلام عتقه اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه وقال
النسائي ارسله سعيد بن ابي عروبة وهشام ابن ابي عبد الله و
هشام وسعيد اثبت من همام وقتادة وحديثهما المرسل اولى
بالصواب واسامة بن عمير له صحبة وهو هذلي بصري قال
المنذري لا نعلم ان احدا روى عنه غير ابنه ابي المليح وزاد احمد بن
حنبل والدارقطني ورق منه مارق قال ابو محمد في المحلى وهي
موضوعة مكذوبة لا يجوز الاشتغال بها من صفته ولنا
في اثبات الاستسعا حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقيصا له في مملوك فخلاصه
عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق
عليه اخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين وابو داود والترمذي
والنسائي وابن ماجه وابن حنبل وقال في المنتقى لابن تيمية رواه
الجماعة الا النسائي وعن ابي هريرة عن النبي عليه السلام انه قال
من اعتق نصيبا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا
استسعى العبد غير مشقوق عليه اخرجه الشيخان وابو داود والترمذي
وفيه ايضا قوم العبد قيمة عدل ثم استسعى لصاحبه في قيمته
غير مشقوق عليه بالاسناد المذكور قال الشيخ تقي الدين
ابن دقيق العيد وقد اخرجه الشيخان في صحيحيهما وحسبك بذلك
فقد قالوا ان ذلك اعلى درجة الصحيح والذين لم يقولوا بالاستسعا
تعللوا بمعللات لا تصبر على النقد قلت منها قول
الخطابي حديث الاستسعا غير صحيح وقال ابن العربي والسعاية

حكم ضعيف ليس له اصل في الشريعه فلا معنى للاشتغال به قلت
كل هذا هوا وتعصب على الحق وليس له مستند الا اتباع مقلد
قال الداودي الشقص والنصيب والسهم والحظ بمعنى وقال
القزاز الشقص لا يكون الا القليل من الكثير والشقص والشقيص كالنصف
والنصيف ذكره عياض وقال الداودي فقد عتق منه ما عتق
الاول بفتح العين وفي الثاني يجوز الوجهان الفتح والضم ولم يقله
احد غيره لانه لا يبنى من الفعل اللازم ما لم يسم فاعله عند اكثر
النحويين واجازه سيبويه خاصه على تقدير اقامه المصدر مقام
مفعول ما لم يسم فاعله فاجاز ضحك الضحك وقعد القعود قال
السفاقسي عتيق بمعنى معتق قلت ويجوز ان يكون بمعنى عاتق
وهو قياسه ومسموع ايضا وقالوا استسعى العبد لسيده اي
يستخدمه مالكه قالوا ولذلك قال غير مشقوق عليه اي لا يحمل فوق
ما يلزمه من الخدمه قال المنذري الا انه يرده قوله ثم
استسعى لصاحبه في قيمته غير مشقوق عليه قلت وكذا
اطلاق الاستسعا على الاستخدام بعيد ولانه اذا كان رقيقا عندهم
فلا فايده في ذكره لان جواز استخدام الانسان لعبده معلوم
بالضروره وطعنوا في احاديث الاستسعا قال الخطابي
اضطرب سعيد بن ابي عروبه في السعايه مرة يذكرها ومرة لا
يذكرها قالوا هو من كلام قتاده وفتواه وتفسيره ذكر ابو بكر
الخطيب ان ابا عبد الرحمن عبد الله بن يزيد المقري رواه همام وزاد
فيه ذكر السعايه وجعله من قول قتاده قلت قال ابو محمد

ابن حزم في المحلى على ثبوت الاستسعاء ثلثون صحابيا وليس في قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم والا فقد عتق منه ما عتق دليل على
حكم المعسر اصلا ولا شك انه قد عتق منه ما عتق وبقي حكم المعسر
في طلبه من غير هذا الحديث وهو ما اتفق البخاري ومسلم وابو داود
والترمذي وابن ماجه من طرق من حديث ابي هريره رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام الذي فيه الاستسعا قال ابن حزم في غايه
الصحه فلا يجوز الخروج عنه للزياده التي اصل الاولون بها وفي
المعنى قال الاثرم طعن فيه سليمان بن حرب وضعفه وهذا دليل
على قلة دينه وتعصبه بالهوى واعراضه عن الحق ولا يلتفت اليه في
تضعيفه لحديث ثابت في الصحيحين وساير السنن وقال ابن حنبل
ليس الاستسعا يثبت عنه عليه السلام قلت حديث
الاستسعا متفق على صحته كما ذكرنا فلا يعرج على قوله وقولهم
وشعبه وهشام ومعمر حدثوا به ولم يذكروه قلنا الاحتجاج
بعدم ذكر الثلثه له جهل من المحتج به وقد ذكره الثقات غيرهم
الذين يردون الاحاديث الصحيحه لكونها ليست على شرطهم في
الصحه وفتوى قتاده غير قادحه في رفعه بعد رفع الثقات له
ورأيناهم يقولون هذا في صحيح مسلم هذا في صحيح البخاري ولا
يسمعون معارضا لواحد منهما ويردون ما اتفقا عليه بالهوى
من غير معارض لان حديث ابن عمر ساكت عن ذكر السعايه والاثبات
من الثقات لا يعارضه السكوت عنه وكذا لو نفوه اذ الاثبات
مقدم على النفي في الترجيح اذا كانا من الثقات فكيف يقدمون السكوت

على الاثبات وبطلانه بالسكوت وهذا خلف وقد قال ايوب
الثقة الحافظ المجمع على عدالته وحفظه وضبطه ان قوله والا عتق
منه ما عتق مدرج من قول نافع ولم يلتفتوا اليه وفى حديث ايوب
ويحيى بن سعيد عند مسلم انهما قالا لا ندرى اشىء فى الحديث
ام قاله نافع من قبله فقد شكا فى رفعه وادراج نافع معروف
عندهم ولم يلتفتوا الى شكهما مع ان الحديث يرد بما قل من هذا
عندهم لما كان رفعه من جهة البخارى ومسلم وقد قال
بالاستسعا الشعبى والنخعى والحسن وقتاده وشريح وسعيد
ابن المسيب قال ابن حزم فى المحلى وهو قول ابى الزناد وابن
ابى ليلى وسليمان بن يسار وقال سليمان هكذا جاءت السنة وحماد
وابن جريج وابن شبرمه والاوزاعى والزهرى والحسن بن حى وابى حنيفه
وابى يوسف ومحمد بن الحسن واسحق بن راهويه قال وهو قول
ابن عمر وثلثين من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد
تقدم ذكرهم قال ابن عمر ان لم يكن له سعى العبد وخالف روايته
ذكره ابو بكر بن ابى شيبه فى مصنفه والحجه لابى حنيفه ما حدث
به الحافظ ابو جعفر الطحاوى قال حدثنا ابو البشر الرقى حدثنا ابو معويه
عن الاعمش عن ابرهيم عن عبد الرحمن بن يزيد قال كان غلام لنا قد
شهد القادسيه فابلى فيها وكان بينى وبين اخى الاسود وامى
فارادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن
الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ فان رغب فيما رغبتم اعتق والا
ضمنكم فبين ان له ان يعتقه بعد بلوغه وقد كان دخله العتق وهذا

قول ابى حنيفه قال ابن حزم ومن طريق ابى بكر بن ابى شيبه
وسعيد بن منصور قالا جميعا حدثنا ابو معويه هو محمد بن حازم
الضرير عن الاعمش عن ابرهيم عن عبد الرحمن بن يزيد الى اخره قال
وهذا اسناد كالذهب المحض واذا اعتق نصيبه وهو موسر قال
الزهرى وعمرو بن دينار ومالك واخرون لا يعتق نصيب شريكه حتى
يودى القيمه ويكون ملكه قبل ذلك حتى ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ
تصرفه فيه غير العتق واحتجوا بالحديث الذى فيه فاعطى شركاوه
حصصهم وعتق جميع العبد فى سنن ابى داود ثم يعتق وهو قول
ابى حنيفه وعند ابى يوسف ومحمد واسحق وابن المنذر والشافعى
فى قول واختاره المزنى يعتق كله فى الحال وهو قول ابن شبرمه
وابن ابى ليلى والثورى وابن حنبل وفى المنهاج تقع السرايه فى الحال
بنفس الاعتاق وفى قول باداء القيمه كقول مالك وفى قول ان
دفعها بان انها بالاعتاق وقوله وهذه المسئلة تنبنى على حرفين
احدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بينا والحرف الثانى ان يسار
المعتق لا يمنع السعايه عنده وعندهما يمنع كما تقدم فى الاحاديث
وله انه احتبست ماليه نصيبه عند العبد ولهذا قالوا اذا كان
معسرا فله بيع نصيبه وهبته وان كان موسرا فنصيب الساكت
رقيق حتى يودى قيمته فكان له ان يضمنه كما لو هبت الريح فالقت
ثوب انسان فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغ الاخر موسرا كان او معسرا قلنا ليس نظير الصبغ
عنده لانه لا يضمن المعتق فى اعسار وان ايسر بعده بخلاف الصبغ

والاتلافات ولو اعتق نصيبه في مرض موته موسرا لا يضمن عنده ويسعى
العبد لشريكه فلم يكن نظير الاتلاف ولو احرق داره فتعدى الى دار
جاره لا يضمن والفرق ان الافساد ثمه غير لازم وفي الاعتاق لازم
فافترقا حتى لو كان ذلك في يوم شديد الريح اوجبوا الضمان
استحسانا ثم المعتبر في اليسار يسار التيسير وهو ان يملك من
المال قدر قيمة نصيب الساكت لا يسار الغنى وفي جوامع الفقه من
غير المنزل والخادم وثياب البدن هكذا عن ابي حنيفة في المنتقى في
رواية الحسن عنه وعن محمد ان يكون مالكا قيمة نصيب الشريك من
المال والعروض وبه اخذ عامة المشايخ ومنهم من اعتبر نصاب حرمة
الصدقة وقد ذكرناه وفي المغني في اليسار ان يكون له
فضل عن قوت يومه وليلته خارجا عن كسوته ومسكنه وما
لا بد له منه ولا يباع فيه دار ولا رباع وقال مالك والشافعي
يباع فيه شوار بيته وما له بال من كسوته كسائر الدعاوى قلنا
تعديل النظر بذلك من الجانبين يتحقق ما قصد المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه بخلاف قصد الاتلاف ثم التخريج
على قولهما ظاهر بعدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن لعدم وجوب
السعاية عليه في حالة اليسار عندهما والولاء للمعتق لان العتق
كله من جهته لعدم تجزي الاعتاق واما التخريج على قوله
فخيار الاعتاق واخواته لقيام ملكه في الباقي لتجزي الاعتاق عنده
على ما مر والتضمين لافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة
ونحوهما والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق على العبد بما ضمن لانه

قام مقام الساكت باداء الضمان كالغاصب اذا ضمن يرجع على غاصبه
ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا وان كان لا يجوز تمليكه بخلاف ضمان
المدبر وام الولد فانهما لا يملكان بالضمان وضمانهما ضمان الحيلولة
وهنا كان قابلا للتملك وقت الاعتاق فيستند الملك وقد
اعتق بعضه فيعتق باقيه او يستسعيه ان شاء والولاء للمعتق
في هذا الوجه لان العتق كله من جهته وفي اعسار المعتق ان شاء
اعتق نصيبه لقيام ملكه عنده وان شاء استسعى لما بينا والولاء
له في الوجهين ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باتفاق بيننا
لانه يسعى لفكاك رقبته لا انه يقضي دينا على المعتق لانه لا شيء
عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن وهو مضطر
فلهذا يرجع عليه وكذا لو اعتق جاريته على ان تزوجه نفسها
فامتنعت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر او
خنزير تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية
فاستحقت عتق العبد ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد وزفر يجب عليه قيمة الجارية وكذا المولى لو اعتق عبده
المديون وهو معسر يسعى وهو حر وحاصله ان السعاية متى
وجبت بعد زوال العتق يسعى وهو حر كالراهن اذا اعتق المرهون
وهو معسر يسعى وهو حر وان وجبت لنزول العتق يسعى وهو
رقيق كالمعتق البعض عنده بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه
يسعى وهو رقيق لان تصرفه موقوف فيما لا ينقض عنده ونافذ فيما
ينتقض كالهبة والعتق وجه قول الشافعي في دفع السعاية

ان العبد غير جان ولا راض بها فلا يلزم قلنا احتبست ماليته
عنده بغير رضى الساكت فيأمر بالسعايه بالنص ولينال شرف
الحريه وليصل الساكت الى بدل حقه جمعا بين المصلحتين واما
كون نصفه حرا ونصفه رقيقا لا تشهد له اصول الشرع كما لا
تشهد بان يكون نصف المراه مطلقه ونصفها غير مطلقه او يقتل
نصف الرجل وبقي نصفه غير مستحق القتل وفي البدائع الضمان
انواع ثلثه ضمان تملك كاستيلاد الجاريه المشتركه وضمان
افساد كالاتلافات واعتاق العبد المشترك عندهما وضمان
احتباس كاعتاق العبد المشترك على قول ابي حنيفه وقالت
الشافعيه المولى لا يوجب على عبده دينا فكيف يستسعيه
الساكت قلنا اعتراض على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد
ثبت ذلك عنه في الصحيحين ويجوز ان يجب على العبد دين لسيده
كالمكاتب فانه عبد ما بقي عليه درهم ومعتق البعض كالمكاتب
عنده الا انه بالعجز عن السعايه لا يعود رقيقا كما كان ويلزمه
السعايه وبدل الكتابه غير لازمه ولهذا لا يجوز الضمان به ويجوز
استبقا المكاتب على الرق ولا يجوز استبقا معتق البعض على
الرق والملك ثابت في المكاتب ما بقي عليه درهم وقد زال عن
معتق البعض من نصيب المعتق وفي الحواشي انه يرجع العبد
على المعتق اذا سعى عند ابن ابي ليلى وزفر وكذا يرجع المعتق على العبد
اذا ضمن عندهما ذكره صاحب الحواشي وهذه المسئله مسدسه
لان فيها سته اقوال قلت فيها خمسه وعشرون قولا لاهل

العلم وقد تقدم ذكر ذلك ثم الضمان هو الاصل عند ابي حنيفه في روايه
وفي روايه اخرى الواجب احدهما غير عين وايهما اختار فهو الواجب
ثمره الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد او المعتق الموسر قبل التضمين
او الاستسعا فعلى الروايه الاولى له حق التضمين لانه الاصل
فلا يسقط بالموت كالغصب وعلى الروايه الثانيه ليس له ذلك
لان بالضمان يثبت تملك المضمون ولا يملك ذلك بعد الموت وكذا لو
ترك اكسابا فعلى الاول ليس له اخذها بطريق السعايه لان الضمان
هو الاصل فيكون استكسابا بعد الموت وذلك لا يتصور وعلى الثانيه
له اخذ الاكساب لان الواجب احدهما فيتبين ان الواجب من الاصل
هو الاستسعا فيكون استكسابا قبل الموت وبموته لا يبطل
السعايه فياخذ اكسابه وفي الذخيره لو اراد الساكت تضمين
المعتق الموسر ثم اراد ان يستسعي العبد فله ذلك ما لم يقبل المعتق
الضمان او يحكم به حاكم وهو روايه ابن سماعه عن محمد عن ابي حنيفه
وذكر في الاصل انه اذا اختار التضمين لم يكن له اختيار السعايه
من غير تفصيل ولو اختار استسعا العبد لم يكن له اختيار التضمين
بعد ذلك رضي العبد بالسعايه او لم يرض باتفاق الروايات وهذا
التفريع انما يتاتى على قول ابي حنيفه اما على قولهما فليس له الا ضمان
الموسر او استسعا العبد عند عسر المعتق وقول الشيخ في
مختصر الجامع اختيار التضمين ابرا عن السعايه وعند محمد لا حتى
يقضى او يرضى لا يتاتى هذا على قولهما وانما هو روايه عن ابي حنيفه
كما ذكر في الذخيره وانما ذلك في الغصب وشريك المعتق لو مات

بكل وارث ما كان رواه محمد عنه وخالف فيه ابن زياد وقد ذكرنا من
جنسها قبل هذا وعنده اما ان يتفقوا على التضمين او السعاية او
الاعتاق وكما لو كان الساكت حيا فليس له ان يجمع بين التضمين والسعاية
وان اختلف المعتق والساكت في قيمة العبد ان كانت المدة من وقت
الاعتاق قريبة يحكم حال العبد وان كانت بعيدة فالقول للمعتق
لانكاره الزيادة فان قال احدهما كان العتق الساعة وقال الاخر
كان من سنين وقد عرف ان قيمته في ذلك الوقت كانت الفا وقيمته
الان خمسمائة يحكم الحال لان العتق حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات وكذا اذا وقع الخلف بين العبد والساكت وكذا لو وقع
الاختلاف بين المعتق والساكت في حال المعتق يوم الاعتاق في
اليسار والاعسار ان كانت المدة قريبة يحكم الحال وان كانت
بعيدة لا يحكم وفي المنتقى عن محمد اذا اعتقه من سنة فقال المعتق
كنت اعتقته وانا معسر وقال الاخر كنت يومئذ موسرا انه يحكم
الحال فكانه جعل السنة قريبة ولو صالحه على اكثر من قيمته بدراهم
او دنانير بغبن فاحش لا يجوز وعلى عرض يجوز ولو امتنع العبد من
السعاية وله عمل معروف يوجر ويوخذ من اجرته وكذا كل مدبر
له صنعة ذكره في المنتقى عن ابي يوسف وفيه ايضا ان كان
العبد صغيرا يعقل ورضي بذلك جاز عليه وكان الاجر للذي لم يعتق
قصاصا من حصته وفي الجامع قال انت حر ان بقع عند محمد خلافا
لابي يوسف وجه قول محمد ان التعليق لم يتم لعدم ذكر الفعل
فبقي ارسالا ولابي يوسف انه لما ذكر حرف الشرط لم يخرج كلامه

مخرج التنجيز والارسال وان لم يتم التعليق فلا يقع قوله
قال ولو شهد كل من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل
واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين او كان احدهما موسرا
والاخر معسرا عند ابي حنيفة لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه
اعتق نصيبه وافسد نصيبي بذلك فصار في حكم المكاتب عند
ابي حنيفة فيصدق في حق نفسه ويستسعيه لانه ان كان صادقا
كان العبد بمنزلة المكاتب عنده وان كان كاذبا كان مملوكا لهما
واما ما كان قبله ولانه استسعايه واستكسابه ولا يختلف
ذلك باليسار والاعسار لان حقه في حالتي اليسار والاعسار
في احد شيئين التضمين او السعاية وبعد التضمين لانكارهما
تعين الاستسعاء والولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف لان
نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فكان بينهما
على ما اتفقا عليه ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لدعوى
الضمان عليه او السعاية على العبد وصاحبه ينكر وعندهما ان
كانا موسرين فلا سعاية عليه لسقوط السعاية بدعوى الضمان
لان يسار المعتق يمنع من السعاية عندهما الا ان الضمان لم يثبت
لعدم الحجة والبراءة تثبت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين
سعى لهما وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر لانه لا
يدعي الضمان على صاحبه لعسرته وانما يدعي السعاية على العبد
ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على شريكه فكان مبريا للعبد من
السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يزعم

ان الولا للغير وهو ينكر فيبقى موقوفا حتى يتفقا على المعتق ولو قال
احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان
دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق نصفه وسعى لهما
في النصف وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد يسعى في
جميع قيمته لان المقضى عليه بسقوط السعايه مجهول فصار كما لو
قال لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشي للجهاله كذا هذا
ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعايه بحنث احدهما فكيف
يقضى بوجوب الكل مع التيقن بسقوط النصف فصار كمن طلق
احدى نسايه الاربع قبل الدخول بهن ثم مات قبل البيان يسقط
نصف مهر للتيقن وان كان المقضى عليها مجهوله ويرتفع الجهاله
بالشيوع والتوزيع كما لو اعتق احد عبديه بغير عينه او بعينه
ونسيه ومات قبل التذكر والبيان قال وساق التفريع فيه
على ان يسار المعتق يمنع السعايه او لا يمنعها على الاختلاف الذي
سبق وفي الجامع قال امراته طالق ان كان دخل الدار امس عبده
حر ان لم يكن دخلها امس حنث فيهما لاعترافه بشرطهما نظيره اعتق
احد عبديه ثم قال لكل واحد منهما لم اعتقك عتقا وكذا الطلاق
وعن ابي يوسف يحنث في الاولى بالثانيه ولا يحنث في الثانيه ولو قال
لاحد هذين على الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شي والفرق
ان البيان في العتق والطلاق واجب عليه ولهذا يجبر عليه فكان تعيين
احدهما بنفي الاخر بخلاف الاقرار فانه لا يجبر على البيان فيه فلا حاجة
الى جعل نفي احدهما تعيينا للاخر ذكر الفرق في الواقعات وفي المحيط

حلف بالله انه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر ان لم يكن
دخلها اليوم فانه لا كفارة عليه ولا يعتق عبده لانه ان كان صادقا
في يمينه بالله لم يحنث وان كان كاذبا فهي يمين الغموس واليمين بالله لا مدخل
لها في القضا فلم يصر مكذبا شرعا ولو حلف كل واحد منهما على عبده
كذلك لم يعتق واحد منهما لان المقضى عليه بالعتق مجهول وكذا
المقضى له والمعلوم المقضى به وهو عتق رقبة واحدة وجهالتهما تمنع
من صحة القضا لتفاحشها وفي الوجيز جهالة المعتق او المعتق
لا تمنع وهما تمنع اي جهالتهما وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به
معلومان والمجهول انما هو المقضى له لا غير فغلب المعلوم المجهول فيه
وفيما قبله غلب المجهول المعلوم كما ذكرنا ولو ملكهما واحد يؤمر بالبيان
وان اجمل عتق لان احدهما حر بيقين ومنهم من قال في الترتيب الثاني
يعين للحريه ولو تقايضا عتق كل على مشتريه ويضمن قيمته لفساد
العقد واحدهما يعتق بالثمن **قوله** واذا اشترى رجلان
ابن احدهما عتق نصيب الاب ولا ضمان عليه للاخر علم انه ابن شريكه
او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شا اعتق نصيبه
وان شا استسعى العبد وقالا في الشرا يضمن الاب نصف قيمه ابنه
ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه
وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبه او اغتنام او صدقه او وصيه وهو
قول مالك ذكره في المدونه والشافعي وابن حنبل ذكرهما في المغني
الا انهم لا يستسعونه والاخ لا يعتق عند الشافعي على ما مر ولا
خلاف في الارث بين اصحابنا وهو قول مالك والشافعي وابن حنبل الا

في روايه عنه فانه جعله كالشرا وقال قوم لا يسري الى الباقي
في الكل كالارث لعدم الاعتاق منه وفي المنهاج لا يسري في الارث
والوصيه ولو كان قال احدهما ان اشتريت نصف هذا العبد
فهو حر لا يضمن عند ابي حنيفه وعندهما يضمن واجمع اصحابنا على
ان احد الشريكين لو باع نصيبه من قريب العبد كان لشريكه ان يضمن
المشتري اذا كان موسرا وليس له تضمين البايع لان العتق يضاف الى
قبوله وهو العله ومن اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن
لبايعه شيا عنده وعندهما يضمن وفي المحيط لو باع نصيبه
ممن يعتق عليه ضمنه بالاتفاق ولو ورثاه لا يضمن بالاتفاق وان
اشترياه واحدهما ممن يعتق عليه لا يضمنه عنده ويسعى العبد
ويضمن عندهما والضمان في مسله اليمين على الخلاف ولو اشترى
اجنبي نصفه اولا ثم اشترى القريب نصفه وهو موسر ضمن وروي
عن ابي يوسف في عبد اشترى نفسه هو واجنبي ان البيع باطل في
حصة الاجنبي لاشتمال العقد على البيع والاعتاق بخلاف شرا القريب
مع الاجنبي لان العتق يثبت بعد الشرا ابا نعلا به فكان اوله تمليكا
بعوض واخره عتقا وبيع العبد من نفسه اعتاق وروي عن ابي يوسف
لو قال ان ملكت شيا من هذا العبد فهو حر ثم اشتراه وابوه
عتق على الاب لا على الحالف لانه كما ملك عتق بجهة النسب لانه
سابق على اليمين فلم ينقلب الشرا اعتاقا ولو قال ان اشتريته
فهو حر وادعى انه ابنه فاشترياه عتق عليهما لان النسب ثبت
مقارنا لليمين فاجتمع سببا العتق بينهما عند الملك فعتق عليهما

ونصف ولايه للحالف وهو ابن الذي ادعاه وكذا لو قال احدهما هو
ابني وقال الاخر هو حر معا عتقا ونصف ولايه للمعتق وهو ابن المدعي
لهما انه افسد نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرا القريب
اعتاق فصار كاعتاق احد الشريكين وله انه رضي بافساد
نصيبه فلا يضمنه كما لو اعتق نصيبه برضى شريكه صريحا ووجهه
انه شاركه في علة العتق وهو الشرا لما عرف ان شرا القريب
اعتاق ولهذا لا يحتاج الى التلفظ بالاعتاق ويخرج به عن الكفارة
اذا نواها عندنا وهو ضمان افساد ولهذا يختلف باليسار
والاعسار باتفاق اصحابنا فيسقط بالرضى بالعله كما لو اعتقه
باذن شريكه فانه لا يضمن بالاتفاق بخلاف الرضى بالشرط وقد
تقدمت المسله ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر
الروايه عنه لان الحكم مدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا
الطعام وهو مملوك للامر فاكله ولا يعلم الامر بملكه لا يضمنه
وكما لو قدم الى انسان طعام فاكله ولم يعلم انه ملك الاكل لا يضمنه
المقدم فان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الاخر
وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب وان شا استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وما رضي بافساد نصيبه فلم
يسقط تضمينه وهذا عند ابي حنيفه لان يسار المعتق لا يمنع
السعايه عنده وعندهما لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته مع
اليسار ويستسعى العبد عند العسر وصورة ارثهما له امراه
اشترت ابن زوجها من غيرها ثم ماتت عن زوجها واخيها ورث

ابنه وفسد على الاخ نصيبه منه وصورة اخرى لرجلين عم وله
جارية زوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات العم وورث الولد ابوه
وعمه فسد نصيب العم وصورة اخرى انسان زوج امته من ابن اخيه
شقيقه او لابيه فولدت ولدا فمات مولى الامة وترك بنتا وابن
اخيه ابا الولد وصورة اخرى معتقة لها ابن مملوك فتزوجت
بسيد ابنها ومات السيد وترك زوجته وامه او بنته
او اباه او اخاه او اخته والى غير ذلك وصورة اخرى رجل مات
وله ابنان وترك مملوكا هو اخو احدهما من امه عتق نصيبه ولا
يضمن لاخيه من ابيه شيئا وصورة اخرى رجل اشترى جارية
ولها ولد من غيره معها وله ولد من غيرها ثم ولدت من مشتريها
فمات وتركها وولدها ميراثا فكون ولدها من غيره بينهما
ميراثا وصورة اخرى رجل اشترى ابن ابن عمه ثم مات وترك ابني
عمه احدهما ابو المملوك فانهما يرثانه قوله واذا
كان عبد بين ثلثة دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو
موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق
وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي
ضمنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد للذي دبره اول مرة ويضمن
ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير
يتجزا عند ابي حنيفة وتقيده باليسار مفيد على قول ابي حنيفة
حتى لو كان معسرا لا يضمن شيئا ولكن يسعى لانه عبد كما كان
والتدبير كالاعتاق لانه شعبة من شعبه ولما كان متجزيا عنده
اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين فلكل واحد منهما
ان يدبر نصيبه او يعتقه او يكاتبه او يضمن المدبر او يستسعي العبد
في قيمة نصيبه او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه الا انه
فسد في منع البيع والهبة وفي الفروق لو اعتق احدهما نصيبه
فليس للاخر ان يتركه على حاله ولو كان الكل له فدبر نصيبه فله
ان يتركه على حاله وفي العتق ليس له ان يستبقي الرق في الباقي
والفرق ان التدبير لا يزيل الملك بخلاف العتق حتى كان له ان
يستخدمه في التدبير دون العتق ثم اذا اختار احدهما العتق
تعين حقه فيه وسقط حقه في اختيار غيره فتوجه للساكت سببا
ضمان تدبير المدبر واعتاق المعتق غير ان له ان يضمن المدبر لكون
الضمان ضمان معاوضة لانه الاصل حتى جعل ضمان الغصب ضمان
معاوضة ولهذا يصح اقرار الماذون والمفاوض بالغصب والاستهلاك
ولا يصح اقرارهما بالجناية لعدم المعاوضة على ما ياتي ان شاء الله تعالى
وامكن ذلك في التدبير لكون العبد قابلا للنقل من ملك الى ملك
وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق قال صاحب الكتاب
لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال ولا بد
من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر
قنا ولا يضمن المعتق وفي الحواشي التدبير يسري الى نصيب
شريكه حتى لا يملك البيع والهبة من غير المدبر والتدبير عنده
يقتصر على نصيبه ولا يصير الكل مدبرا وفي المبسوط صار نصيبه
بحيث لا يحتمل النقل الا الى ملك المدبر بالضمان وهو المراد بالبيع

والهبه فيما ذكر في الحواشي فلو اثبتنا له حق تضمين المعتق استقل نصيبه الى ملك المعتق بالضمان وذلك ممتنع بسبب التدبير السابق وضمان المدبر ضمان حيلوله لا ضمان معاوضه وقال جلال الدين ابن المصنف رحمهما الله قوله مكاتب اوحر على اختلاف الاصلين غير مستقيم وكذا قوله ولا بد من رضى المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفه وان كان بمنزله المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر يتم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا باعتاقه والضمان يتقدر بقيمه المتلف وقيمه المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا لان في المملوك ثلث منافع الاستخدام والاسترباح بواسطه البيع وقضا الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت الاسترباح بالبيع ولا يفوت الاستخدام وقضا الدين بعد الموت وفيه اربعه اقوال اخر تاتي ان شا الله تعالى ولا يضمنه قيمه ما ملكه بالضمان من جهه الساكت لان ملكه فيه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في التضمين ولان الساكت لم يكن متمكنا من تضمين المعتق فكذا من قام مقامه بالضمان وله استسعاوه لان المدبر قام مقامه فكان له ذلك ويرد عليه لو ملك المدبر في يد غاصب الغاصب وضمنه الغاصب يرجع على الثاني وان كان ملكه ثبت مستندا كما ذكر وهو ضمان حيلوله وهو ماش على تعليل القيام والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه

للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار ولم ينتقل الى المعتق ثلث المدبر الذي ضمنه للمدبر لانه لا ينتقل بالضمان بل الضمان ضمان حيلوله فيه فبقي على ملك المدبر وكذا الثلث الذي ضمنه للساكت فتم له الثلثان وفي الزيادات مكاتب بين اثنين اعتقه احدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان ولا ضمان عليه ولا سعايه الا بعد عجزه عند ابي حنيفه والكتابه تتجزا عنده وعندهما عتق كله والولاء له بخلاف المدبر لانه لا ينتقل من ملك الى ملك ولا ينفسخ بحال فكان المانع قايما فلا يكمل والكتابه قابله للفسخ فيكمل الاعتاق وكذا المدبر لاحدهما ينفذ في نصيبه ويبقى نصيب الاخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعايه عند ابي حنيفه لان نصيب الاخر على حاله عنده واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جنايه والولاء كله للمدبر لتملك نصيب شريكه المعتق لان اعتاقه لغو والساكت وهذا ظاهر

قوله واذا كانت جاريه بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فانكر فهي موقوفه يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي حنيفه وقالا ان شا المنكر استسعى الجاريه في نصف قيمتها ثم تكون حره لا سبيل عليها لانها عتقت كلها بالادا عندهما وفي المبسوط قول ابي حنيفه هو قول ابي يوسف الاخر وقوله الاول هو قول محمد وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفه لمحمد

انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها
فصار كما اذا اقر المشتري ان البايع كان اعتق المبيع قبل البيع يجعل
كانه اعتقه الان وولاؤه موقوف على تصديقه كذا هذا فيمتنع
الخدمه ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى السعايه ويعتق
بها كام ولد النصراني اذا اسلمت وابى الاسلام لان اقراره على شريكه
باموميه الولد كشهادته عليه باعتاقه نصيبه ولابي حنيفه
وابي يوسف ان المقر لو صدق كانت الخدمه كلها للمصدق
ولو كذب كان له نصف الخدمه لانها امه بينهما والنصف
مستغرق به فيسقط ولا خدمه للشريك الزاعم ولا سعايه لانه يدعي
عليه ضمان التملك في العسر واليسر بدعوى الاستيلاد فكان
ذلك ابراها من الخدمه والسعايه والاقرار باموميه الولد
يتضمن الاقرار بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان
يجعل كالمستولد والفرق بينها وبين ام ولد النصراني انه
قد تعذر استدامه الملك فيها هناك فيخرج الى السعايه وهنا
ما اقر به لو كان حقا لم يكن استدامه الملك فيها ممتنعا فلا
معنى لايجاب السعايه عليها للمنكر ثم جنايتها والجنايه عليها
تكون موقوفه في قول ابي حنيفه وفي قول محمد هي بمنزله المكاتبه
تسعى في جنايتها وفي الجنايه عليها باخذ الارش وقيل الصحيح
عند ابي حنيفه ان نصف الجنايه على الجاحد لان نصفها مملوك له
مطلقا يستخدمه بقدر النصف والنصف الاخر موقوف وعلى
قول محمد تسعى في الجنايه عليها في الاقل من قيمتها ومن ارش الجنايه

لانها احق بكسبها ولهذا ينفق على نفسها من كسبها ولو جعلنا
موقوفه لمن ينفق عليها وفي الحواشي بخلاف اقراره على بايعه
بالعتق او اقرار احد الشريكين على صاحبه بالعتق لان هناك على تقدير
الصدق لا يكون للمنكر شي من الخدمه قال ومن اقر بنسب
صغير لرجل ثم ادعاه لنفسه لا يصح وان كذبه المقر له فيه وفي
قاضي خان فاذا مات المنكر عتقت لان عتقها معلق بموت المنكر
في زعم المقر وتسعى لورثه المنكر في نصف قيمتها ولا تسعى للمقر
لدعوى الضمان على ما مر ولا تعتق بموته ولو كان اقراره انقلب
عليه كما قال محمد لعتقت بموته قوله وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه هذا قول
امامنا وحده انفرد به عن ساير العلما وقالا يضمن نصف قيمتها
وهو قول ساير الفقها وهذا بنا على ان ام الولد غير متقومه ولا
ماليه فيها عنده وعندهما متقومه قال وعلى هذا الاصل
عده مسايل اوردناها في كفايه المنتهي ومنها اذا مات
احدهما لا يسعى للاخر عنده ومنها ان ام الولد بين الشريكين
اذا جات بولد فادعاه احدهما وثبت نسبه منه وعتق لا يضمن
من قيمته شيا لشريكه عنده ولا سعايه عليه ومنها انه
لو باعها وسلمها للمشتري ومات عنده لا يضمن عنده ومنها
لو غصبها غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده وعندهما يضمن
وتسعى فيما تقدم وذكر في الرقيات انها تضمن عنده بالغصب
كما تضمن به الصبي الحر حتى لو قربها الى مسبعه فافترسها سبع يضمن

لانه ضمان جنايه لا ضمان غصب ويضمن بالقتل بالاتفاق لانه ضمان
جنايه ولهذا لا يصح اقرار الماذون والمفاوض به حتى يضمن الحرية
للجمهور انها مملوكه فيكون مالا متقوما كالقن ولهذا يملك
وطيها وتزويجها واستخدامها واستكسابها ولو قال كل مملوك
لي حر عتقت ولان عتقها معلق بالموت وذلك لا يمنع تقومها كالمدبر الا
انها لا تسعى للغرما والورثه لانها مصروفه الى حاجته كيلا يضيع
نسبه وماوه بخلاف التدبير والامام يقول المالية والتقوم
بالاحراز والادمي باعتبار الاصل ليس بمال لانه خلق ليكون مالكا
للمال لا ليكون مالا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا
وثبت به التقوم وملك المنفعه تبعا فاذا احصنها واستولدها
فقد ظهر ان احرازها كان لملك المتعه لا لقصد التمول ولهذا لا
يسعى للغرما والورثه وما كان مالا في حياته تعلق به حق الغرما
وورثته ولما لم تسع للغرما والورثه دل على انه لم يبق لها صفه
الماليه والتقوم بخلاف المدبره فان احرازها للماليه لا للمتعة
ولهذا تقومت في حق الغرما والورثه والذي يوضح قول ابي حنيفه
ان الباقي للمولى على ام الولد ملك الخدمه والمتعه والمنفعه وذلك
اذا فات لا يوجب ضمانا والباقي في المدبر ملك الماليه ولهذا
تقضى ديونه منها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف والتفويت
ويدخل على قول ابي حنيفه ام ولد النصراني اذا اسلمت والمغرور
بام الولد فانه يضمن قيمتها وام ولد النصراني بمنزلة مكاتبه لانها
لا يجوز بيعه المسلمه في ملك الكافر وفي تكاتبها في ذلك جمع بين

المصلحتين ودفع الضرر عن الجانبين وبدل الكتابه لا يفتقر وجوبه
الى التقوم لا سيما الكتابه التقديريه كاستعراض الحيوان ضمنا
ومسئله المغرور بام الولد ما في غرر ان قيمتها ثلث قيمتها قنا على
ما قالوا لفوات المنفعتين من المنافع الثلث وهما منفعه البيع
والسعايه بعد الموت وفي الذخيره وقال ينظر بكم يستخدم
مده عمرها وقال بعضهم يسال المقومون من العلما لو جوزوا
بيعها بكم يشتري على ان المشتري احق بمنافعها دون رقبتها وعلى
انها تعتق بموت مولاها ولا تسعى للغرما والورثه فان قالوا
بمائه درهم مثلا يجب ذلك القدر وقال بعضهم يجب نصف قيمتها
قنا وفي المدبر خمسه اقوال احدها ثلثا قيمته قنا وقد
تقدم ثانيها ينظر بكم يستخدم المدبر مده عمره لان الباقي بعد
التدبير ملك الخدمه لا غير ثالثها يقوم فايت المنافع التي تفوت
بالتدبير قال والى هذا اشار محمد في بعض الكتب رابعها تعتبر
نصف قيمته لو كان قنا لان الانتفاع بالمملوك نوعان انتفاع بالعين
وهو قايم وانتفاع ببدله وهو الثمن وقد فات فكان الباقي نصف
قيمته قنا والى هذا مال الصدر الشهيد حسام الدين خامسها
يسال من اهل الخبره من العلما لو جوزوا بيعه بكم يشتري هذا
المدبر على ان المشتري احق بمنافعه دون رقبته وعلى انه يعتق
بموت مولاه فان قالوا بمائه وخمسين درهما مثلا يجب ذلك
القدر واما معرفه قيمه المكاتب فلم ينقل عن المتقدمين فيه
شي واشار محمد في جنايات الجامع انه كالقن واشار ايضا في

جنايات الجامع والجامع الصغير الى ان قيمته اقل من قيمة القن ولم
يبين مقداره فقيل ينبغي ان تكون قيمته نصف قيمته قنا لان الانتفاع
بالمملوك نوعان انتفاع بعينه وانتفاع ببدله والانتفاع بعينه باق
على تقدير عجزه وببدله على تقدير ادائه وقيل يسأل المقومون
ان العبد لو جوزوا بيعه بكم يشترى هذا المكاتب على انه يعود
رقيقا بالعجز فيسلم له عينه ويعتق بالاداء فيسلم له بدله ذكر ذلك
كله في الذخيرة وفي الحواشي المتقوم بالاحراز لابنله واحراز
ام الولد للنسب والاستمتاع ولهذا يثبت نسب ولدها منه
بغير دعوة كالمنكوحات لا كالمملوكات فلم يكن مضمونا وقوله
عليه السلام اعتقها ولدها يقتضي حريتها في الحال وسقوط
المالية والتقوم الا انه اخر في حق حقيقة العتق لحاجته ولم
يظهر عمله في الحال لذلك وظهر في حق سقوط التقوم كيلا يلغى
بالكلية ولهذا امتنع بيعها وسعيها بعد الموت لعدم المالية
ووجوب السعاية على ام ولد النصراني باعتبار اعتقاده ماليتها
فانا امرنا بتركهم وما يدينون لا باعتبار انها متقومة على الحقيقة
كما قلنا بوجوب ضمان خمرهم على متلفها المسلم عملا بمعتقدهم فانها
كالعصير عندنا

باب عتق احد العبدين

قوله ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الاخر فقال احدكما حر ثم مات ولم
يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل واحد
من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق من الاخير

ربعه فالذي اعيد عليه القول يسمى الثابت ورفيقه في الايجاب
الاول يسمى الخارج ورفيقه في الايجاب الثاني يسمى الداخل فما دام حيا
يؤمر بالبيان لانه المبهم فان قال عنيت بالايجاب الاول
الخارج عتق هو ويؤمر بالبيان في الايجاب الثاني فان قال اردت
بالايجاب الاول الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لكونه دائرا
بين الحر والعبد ويبطل هذا اذا بدأ ببيان الايجاب الاول فان
بدأ ببيان الايجاب الثاني فقال عنيت به الداخل عتق الداخل
وبين الاول في ايهما شاء فان بين الكلام الثاني في الثابت عتق
الثابت بالثاني والخارج بالاول لانه كان دائرا بين الخارج والثابت
وقد عتق الثابت بالثاني فبقي الاول للخارج قال قاضي خان
وفيه اشكال وهو انه اذا بدأ ببيان الكلام الثاني وبين في الداخل
فقد بين ان الكلام الثاني صحيح في ايجاب العتق وانما يصح الثاني اذا
لم يعتق الثابت بالايجاب الاول وبتعيين الخارج صار موجب ان لا
يخير والجواب ان الايجاب الثاني صحيح بكل حال لان الثابت
معين والايجاب الاول لم يتناول معينا فكان الثابت عبدا فصح
الايجاب الثاني موجبا عتق رقبة بينهما وانما يعتق من الثابت
ربعه لانه ان كان هو المراد بالثاني يعتق نصفه وان كان المراد به
الداخل لا يعتق منه بالثاني شيء فيعتق ربعه لذلك ويقول موجب
الايجاب الثاني عتق رقبة لكل واحد نصفها فيشيع النصف في
نصفي الثابت فما اصاب الفارغ نزل وهو نصف النصف وما اصاب
النصف المشغول بالاول لغا والنصف الاخر معتبر في الداخل فيعتق نصفه

لذلك وجه قول محمد ان الكلام الثاني صحيح في حال دون حال لانه ان اراد بالايجاب الاول الثابت لا يصح الكلام الثاني لجمعه فيه بين الحر والعبد فكان خبرا وان اراد بالاول الخارج صح الكلام الثاني ايجابا فاذا صح في حال دون حال ينتصف موجبه وهو عتق نصف رقبه بينهما لعدم الاولويه فيكون لكل واحد عتق ربع رقبه ولهذا كان حظ الثابت منه الربع وجوابه ما مر بل الايجاب الثاني صحيح بكل حال لان العتق المبهم غير نازل في المحل لانه معلق بشرط البيان فهو ثابت في الذمه ولهذا يقال له اوقع وان كان واقعا فهو واقع في المنكر والمعين ضده وفي الامالي لو كان ذلك طلاقا وقال عنيت بالايجاب الثابته وقع الطلاق الان عليها لانه يقع مقصورا على وقت البيان لا مستندا والطلاق غير واقع قبل البيان اصلا ولهذا لو بين الطلاق في الامتين تحته قال مولاها احداكما حرة فقال التي اعتقها المولى طالق ثنتين تبين المولى ولا تثبت الحرمة الغليظه وبعد ثلث حيض فعلم ان البيان كالانشا ولهذا ان ما لا يقبل التعليق بالشرط لا يصح في المجهول الا انه جعل انشا في حق المحل لجهالته ولهذا لا يملك البيان بعد فوات المحل وجعل اظهارا في حق الزوج لانه معلوم ولو تزوج اربعا ولم يدخل بواحده منهن ثم قال احداكن طالق فتزوج خامسه او اخت واحده منهن ومن فيها صح لانه اظهار في حقه ولان في غير موضع التهمه لا يجعل انشا ولا تهمه عند عدم العده ولو تزوج رضيعتين ثم قال احداكما طالق ثلثا فارضعتهما امراه معا او متعاقبا بانتا لانهما صارتا اختين وهما

تحت زوج فيفسد نكاحهما لان الطلاق غير واقع بالنظر الى المحل ولو بين الطلاق في احداهما بعد ذلك لا يصح لفوات المحل وهو يخالف ما ذكرنا من نكاح الخامسه واخت واحده منهن وذكر في الزيادات بينهما فرقا غير قوي هذا الذي ذكرناه اذا كان العتق في الصحه وان كان في المرض وذلك يخرج من ثلث ماله او لا يخرج واجازت الورثه فكذلك وان لم يجيزوا قسم ثلث المال بينهم على قدر سهامهم فيحتاج الى حساب له نصف وربع هكذا في قاضي خان وفي الكتاب له ثلثه الارباع واوجزهما يحتاج الى حساب له ربع واقل ذلك اربعه فيجعل كل رقبه اربعه فالكل اثنا عشر فحق الخارج في سهمين منها وحق المقيم لفظ المبسوط في ثلثه وحق الداخل في سهم فصار سهام العتق سبعه وهي ثلث المال والثلثان ضعفها وذلك اربعه عشر والجمله احد وعشرون كل رقبه سبعه يعتق من الخارج سهمان وهما سبعاه ويسعى في خمسه اسباعه ويعتق من الثابت ثلثه اسباعه ويسعى في اربعه اسباعه ويعتق من الداخل سهمان وذلك سبعاه كالخارج ويسعى في خمسه اسباعه فصارت سهام السعايه اربعه عشر وسهام العتق سبعه وهي رقبه ثلث المال وعند محمد كذلك الا في حق الداخل فانه يعتق سدسه سهم واحد من سته وهي سهام العتق وسهام السعايه ضعفها وهي اثنا عشر والجمله ثمانيه عشر عنده يعتق من الخارج ثلثه سهام ويسعى في اربعه ثلثيه ويعتق من الثابت ثلثه وهي نصفه ويسعى في ثلثه نصفه ولو كان ذلك في الطلاق وهن غير مدخول بهن ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجه

ربعه ومن مهر الثابته ربع وثمن ومن مهر الداخله ثمنه والربع كالنصف
في العتق والثمن كالربع فيه قيل هذا قول محمد على قياس العتق على
قوله وعندهما يسقط ربعه كالنصف في عتق الداخله وقيل هو
قولهما ايضا واحال الفرق وتمام تفريعاتها على شرحه للزيادات
وذكر قاضي خان بينهما فرقين احدهما في الزيادات والاخر في
شرح الجامع الصغير وذلك ان العبد لهم احوال ثلث حالة العتق
وحالة الرق والثالثه حالة متردده وهي حالة الكتابه ومعتق
البعض والسعايه على قول ابي حنيفه والثابت متردد حاله بين
الرق والحريه فكان قابلا للعتق وامكن تصحيح الايجاب الثاني في
حقه على كل حال اما النسا فليس لهن الا حالتان حالة النكاح وحالة
الطلاق والطلاق لا يتجزا عند الكل فاذا طلقت نصف الثابته
بالتوزيع طلقت طلقة فلا يصح الايجاب الثاني فلا بد من اعتبار
الاحوال فيه ولان الايجاب الاول يعتبر تعليقا في حق حكم يقبل
التعليق ووقوع العتق مما يقبل التعليق اما البراة من المهر
مما لا يحتمل التعليق بالشرط فاعتبر الكلام الاول منجزا في حق هذا
الحكم فكان الثاني مترددا بين الصحه والبطلان وقال بعضهم قول
ابي يوسف في العتق خطا وينبغي ان يكون قوله كقول محمد لان من
اصله ان الاعتاق لا يتجزا عنده وقال بعضهم هذا الجواب الذي
ذكر اولا صحيح وهذا اصح لان حالة الكتابه حالة ثالثه ذكر ذلك في
شرح الزيادات التي وضعها محمد على غير ترتيب الزيادات وفيه احوال
ثلث حال البيان وحال موت المولى وحال موت العبيد اما حال البيان

وموت المولى فقد ذكرت واما موت العبيد فنقول ان مات الثابت
عتق الخارج والداخل عندهم لزوال مزاحمته للخارج والداخل
فالايجاب الاول للخارج وحده والايجاب الثاني للداخل وحده
وان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وبطل الايجاب
الثاني ضرورة وان مات الداخل يقال للمولى بين الايجاب الاول
ان اوقعه على الخارج عتق الثابت بالثاني وان اوقعه على الثابت
بطل الايجاب الثاني لما قلنا وفي الامالي ان مات الخارج عتق
الباقيان على رواية الامالي لان الايجاب الثاني صحيح والعتق
يقع مقصورا على البيان فاذا مات تعين الثابت للاول والداخل
للثاني ضرورة **قوله** ومن قال لعبديه احدكما
حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر
اعلم ان عتق احد العبدين بغير عينه جائز عندنا وله
البيان ما دام المعتق حيا وهو قول الشافعي ومالك في احدى
الروايتين ذكره في الجواهر وعند ابن حنبل لا يعتق الا بالقرعه
ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند
الظاهريه لا يعتق اصلا ذكره في المحلى ثم البيان حقيقي
كالصريح وحكمي كما ذكر لان من مات منهما لم يبق محلا للعتق اصلا
وللعتق من جهته بالبيع لخروجه من ملكه وللعتق من كل وجه
بالتدبير لانه يستحق بالتدبير حريه مضافه الى ما بعد الموت
فيعتق الاخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى بدله ولا يبقى المبدل
في ملكه وبالتدبير ابقى الانتفاع به الى وقت موته والمقصودان

ننا فان العتق الملتزم من جهته فتعين له الاخر لا لدو كذا لو استولد
احداهما لما ذكرنا ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض او بدونه
والمطلق وشرط الخيار لاحد المتعاقدين والعرض على البيع ملحق به
في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم
بمنزلة البيع لانه تمليك وفي قاضيخان او فاسدا او قبض وكذا لو
وهب وسلم او تصدق به وسلم او رهن وسلم او اجر او كاتبه او اوصى
به او ساوم او اعتق ولم يقل اردت به البيان او علق عتقه بشرط
او وطي فعلقت وذكر الجصاص ان ذكر القبض في البيع الفاسد
وقع اتفاقا والقبض وعدمه فيه سوا وكذا لو عتق احدهما بتعليق
سابق على الايجاب المبهم لانه خرج من ان يكون محلا للبيان فتعين
الاخر للعتق وفي الغزنوي لو باعهما صفقة لا يجوز البيع فيهما
لانه جمع بين حر وعبد فدل على نزوله في احدهما ولو وهبهما او تصدق
بهما او تزوج عليهما يجوز ويجبر على البيان لان الضم كادخال الشرط
الفاسد وهذه العقود لا تفسد بالشروط الفاسدة ولو لم يبين حتى
مات بطلت العقود لشيوع الحرية فيهما الا التزوج ولو قال
احداهما ام ولدي او بنتي وماتت احداهما لم تتعين الاخرى للحرية لان
هذا اخبار وهو مستقيم في الحي والميت ولو قتلهما خطا يجب
قيمة ودية ولو قتلهما رجلان يجب قيمتهما ولو قطع انسان
ايديهما يجب ارشهما دون الدية لان القطع لا يمنع البيان وفي
الوصية لو رهن الجارية الموصى بها او عرضها على البيع يكون
رجوعا ولو كاتبها او وطيها لم يكن رجوعا ذكره في الفتاوى

وفي المحيط في خيار الشرط عرض المشتري على البيع يبطل خياره وكذا
عرض البايع في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وفي رواية الحسن
عنه لا كالاستخدام ولو وهبه او رهنه ولم يسلم فمن المشتري
اجازة للبيع ومن البايع لا يكون نقضا للبيع في رواية اما الاجارة
فانها عقد لازم ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع
احداهما لم تتعين الاخرى للعتق عند ابي حنيفة واحمد بن حنبل وكذا
لو قال احداكن حرة فجامع احداهن وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي ومالك في رواية تتعين غير الموطوءة للعتق كما لو قال
لزوجتيه احداكما طالق فوطئ احداهما تعينت الاخرى للطلاق
وفي النوادر لو قال لمدخولتيه احداكما طالق ثم وطئ احداهما
لم يقع على الاخرى لان الرجعي لا يحرم الوطي بخلاف الملك والواحد
البائن ذكره في قنية المنية وفي الزيادات البيان في الطلاق
المبهم لا يثبت بمقدمات الدخول وانما يثبت بالدخول وذكر
الكرخي ان البيان كما يحصل بالوطي يحصل بالتقبيل وبه قال
مالك في العتق المبهم اما لو قال لامرأتيه احداكما طالق طلقتا
والفرق بينهما عسر وجه قولهما ان الوطي يحصل في الملك
واحداهما حرة ولهذا لو قتلهما انسان يجب دية وقيمة كما ذكرنا
قبل هذا فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله كما في الطلاق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الملك قائم
في الموطوءة لان الايقاع في المنكر وهي معينة ضدهما فكان وطيها
حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه قال الا انه

لا نفي به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به بل هو
الزام في الذمة او هو نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله وهو
البيان او البيع هذا لبيان ما ذكر من حل الوطي لان الحل كان ثابتا
فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم نزوله معلق بشرط البيان
ولهذا لو قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما
كان ارشهما للمولى وان قلنا هو نازل انما نزل في المنكر فيظهر في
حق فعل يقبله المنكر وهو البيان والبيع على ما قلنا والوطي لا
يقبله المنكر ولا يصادف الا المعينة لا محالة فكان في حق الوطي
غير نازل فلم يكن بيانا وقولهما فكان بالوطي مستبقيا الملك في
الموطوءة باطل بما لو اوصى بجارية ثم وطيها لا يكون رجوعا كما
ذكرنا فلو استبقى الملك فيها كان رجوعا ووطي الامة من باب
الاستخدام وقضا الشهوة حتى لو وطيها فجاءت بولد لا يلزمه
الا بالدعوى بخلاف طلاق احداهما اذا وطيها بعده لان المقصود
الاصلي من النكاح الولد ولهذا لا يتوقف على الدعوى فيه ولا ينفى
الا باللعان وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة
صيانة للولد وفي المبسوط ان علقت الامة الموطوءة منه تعينت
الاخرى للحرية ووطيها جميعا ليس بحلال له حتى يفتى له بذلك
قال وابو حنيفة يقول وطيهما جميعا مملوك له لان الوطي
بملك اليمين بمنزلة الاستخدام وسائر وطيها مملوك له فانها
لو وطيت بشبهة كان الواجب عقرا مملوكا للمولى وانما يملك
البدل من يملك المبدل قال السرخسي ولا نقول هو في الذمة

كما توهمه بعض اصحابنا لانه ما اوجبه في الذمة بدليل انه يجبر
على البيان وما كان في الذمة لا يجبر عليه كما لو قال لله علي
ان يعتق احد هذين العبدين وانما لا يفتى له بحل وطيهما لان المنكر
التي وجب فيها العتق لا يعدوهما والحل والحرمة مبنيان على
الاحتياط وفي الفتوى بحل وطيهما ترك الاحتياط قلت
قول اصحابنا وطي الامة بمنزلة الاستخدام فيه نظر كبير فان
من استخدم المبيع بعدما اطلع على العيب لا يمنعه من رده
بالعيب ولو وطي الجارية المبيعة قبل الاطلاع على العيب او
بعده لا يرده بالعيب ويأتي الفرق ان شاء الله تعالى في باب خيار
العيب من البيوع قوله ومن قال لامته ان
كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية
ولا يدرى ايهما ولد اولا وتصادقوا على ذلك عتق نصف الام
ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال
وهي ما اذا ولدت الغلام اولا الام بالشرط والجارية تبعا لها اذ
الام حرة حين ولدتها لانها عتقت بولادة الغلام اولا ويرق في
حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم شرط العتق فيعتق نصف
كل واحد منهما وتسعى في نصفها والغلام يرق في الحالين ولم يعتبر
ولادتهما معا لبعدها ولو اعتبرت عتق ثلث كل واحد منهما وان
ادعت الام ولادة الغلام اولا وانكر المولى والجارية صغيرة
فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق بخلاف ما لو قال لها
ان حضت فانت طالق فقالت قد حضت طلقت لانها امينة ولا

يعرف ذلك الا من جهتها غالبا والغالب في الولادة حضور غيرها فلم
يكن في الاخبار به موتمنه فان حلف لم يعتق واحد منهما لعدم
وجود الشرط وان نكل عتقت الام والجاريه لان الدعوى من الام
في حريه بنتها الصغيره معتبره لكونها نفعا محضا كقبول الهبة
لها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجاريه
كبيره ولم تدع شيا عتقت الام بالنكول دون الجاريه لعدم ولايه
الام على الكبيره وصحة النكول مبنيه على صحة الدعوى ولو كانت
الكبيره هي المدعيه لسبق ولادة الغلام والام ساكته ثبت عتق
الجاريه بنكوله دون الام والتحليف على العلم فيما ذكرنا لان ذلك
فعل الغير ولا يقال ان الام اذا اعتقت عتقت بنتها ضرورة وان
كانت كبيره لان شرط عتق الام ولادة الغلام اولا وقد وجد فعتق
تبعا وضمنا وما ثبت ضمنا لا يراعى فيه الشروط فلا يشترط دعواها
لانا نقول عتق الام باعتبار النكول وهو بذل عنده واقرار عندهما
والاقرار والبذل لا يتوقف على وجود الشرط ولان النكول حجة
ضروريه فلا يظهر في حق غيرها بلا دعوى وكان ينبغي ان لا يوزع
على الاحوال كما لو قال ان لم ادخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى
اليوم ولا يدرى ادخل ام لا لا يعتق اصلا ولا يوزع وكذا لو قال
ان كان هذا الطاير غرابا فانت حر فطار ولم يعلم اغراب هو ام لا لا
يوزع ولا يقال ان كان غرابا يعتق وان لم يكن غرابا لا فهو يعتق
في حال دون حال فيتنصف ويويد ما ذكرته ما حكي في الكيسانيات
عن محمد في هذا انه لا يحكم بعتق واحد منهما ولكن يحلف المولى بالله

ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف
فهم ارقا واعتبار الاحوال انما يكون بعد التيقن بالحريه وهنا لم
يتيقن بحريه البعض لجواز ان يكون قد ولدت الجاريه اولا فلا
معنى لاعتبارها ولكنها تدعي عليه شرط العتق وهو ينكر فالقول
قوله مع يمينه كدخول الدار وعدم دخولها ولو قال اول
ولد تلدينه ان كان غلاما فانت حره وان كانت جاريه فهي حره
فولدتهما جميعا فان علم الغلام اولا عتقت هي مع بنتها والغلام
رقيق وان علم انها ولدت الجاريه اولا عتقت الجاريه والام والغلام
رقيقان وان لم يعلم واتفقت الام والمولى على شي فكذلك لان
الحق لهما وان قالا لا ندري فالغلام رقيق والابنه حره ويعتق
نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حره والغلام رقيق
وان ولدت الجاريه اولا فالجاريه حره والغلام والام رقيقان
فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين
والجاريه حره بيقين فاعتبرنا الاحوال هنا للتيقن بحريه
بعضهم ولو قال لها ان كان اول ولد تلدينه غلاما فهو حر
وان كانت جاريه فانت حره فولدت غلامين وجاريتين
فان علم ان الغلام اول فهو حر والباقون ارقا وان علم ان الجاريه
اول ما ولدته فهي مملوكه والباقون مع الام احرار لان بولادة
الجاريه الاولى عتقت الام وانما عتقت بانفصال الجاريه عنها
فكانت الجاريه مملوكه والباقون احرار لانهم انفصلوا عنها بعد
حريتها وان لم يعلم ايهم ولد اولا يعتق من الام نصفها لانها تعتق

في حال وترق في حال ويعتق ثلثة ارباع كل واحد من الغلامين لان
احدهما حر بيقين فانها ان ولدت الغلام اول فهذا الغلام حر وان
ولدت الجارية اول فالغلامان يعتقان بعتق الام فاحدهما حر بيقين
والاخر يعتق في حال دون حال فيعتق نصفه فكانت حرية ونصف
بينهما فيعتق من واحد نصفه وربعه ويسعى في ربعه ويعتق من
كل واحدة من الجاريتين ربعها لان احداهما امة بيقين والاخرى
تعتق في حال فانها ان ولدت الغلام اولا فالجاريتان مملوكتان وان
ولدت احدى الجاريتين اولا فهذه مملوكة والاخرى حرة فيعتق
نصفها بينهما لعدم الاولوية لكل واحدة ربعها وتسعى كل واحدة
في ثلثة ارباع قيمتها وفي المحيط ولو قال ان كان اول ولد تلدينه
غلاما فانت حرة وان كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما
وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل
واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال هو
رواية وعلى عامة الروايات يجب ان يعتق كلها لانها تعتق
في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا
واما الغلام فلانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين
اولا ويرق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان
فيعتق من كل واحدة ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية
بجهتين متعددة لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور ان
يعتق بنفسه ومتى عتق بنفسه لا يعتق تبعا للام فلا
بد من الغاء احدى الجهتين فالغينا اصابة العتق من جهة الام

واعتبرنا الاصابة بعتق انفسهما لانها اقل وهو المتيقن فان كانت
ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق انفسهما وان كانت ولادة
الجارية اولا لا تعتق الاخرى بعتق نفسها فيثبت لهما حرية في حال
دون حال فيثبت نصفها بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان
يعتق من كل واحدة ثلثة ارباعها لان الغلام لو كان اولا لا يعتق
الام فيعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم
الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف
بينهما واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي عصمة وقال هو
الذي يوافق ما تقدم ولو قال ان كان ما في بطنك غلاما فهو
حر وان كان جارية فانت حرة فكان ما في بطنها غلاما وجارية لا
يعتق واحد منهما قال لان كلمة ما عامة قال الله تعالى لله
ما في السموات والارض اي جميع ما فيهن وكذا لو قال ان كان
حملك غلاما الى اخره ولو قال ان كان في بطنك الى اخره لا يعتقان
لانهما موجودان قوله واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون
في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدوا انه طلق احدى
نسائه جازت شهادتهم ويجبر على ان يطلق احداهن ومراده البائن
وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل
ذلك وهو مبني ان يوقع العتق على احدهما واصله ان الشهادة على
عتق العبد لا تقبل من غير دعوى وعندهما تقبل وهو قول الائمة
الثلثة واجمعوا على انهم لو شهدوا انه اعتق امته وهي بكر او طلق

امراته وهي بكر تقبل لان ذلك حق الشرع لتضمنه حرمة الفرج فكانت
الشهادة من باب الحسبة فتقبل من غير دعوى ومسئلة الوقف
تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فان قيل فعلى هذا ينبغي
ان يكتفى فيه بشهادة الواحد لانه امر ديني وخبر الواحد في
الديانات مقبول وهو فيه حجة تامة قلنا خبر الواحد
انما يكون حجة فيما لم يقع الزاما على المنكر ولان في هذا ازالة
الملك والمالية وخبر الواحد لا يكفي للالزام فلا بد من نصاب
الشهادة وانما قبلنا خبر الواحد في رواية الحديث ورؤية
هلال رمضان وان كان فيهما الزام العمل به لانه يقع اولا ملزما
للراوي والرائي ثم يتعدى الى غيرهما تبعا لا بنفسهما بخلاف ما نحن فيه علم
فان قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الامة حرمة فرجها
على المعتق لما قبلت على عتق الامة المجوسية واخت المعتق من
الرضاعة وعلى الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك اذا قبلت لم
تتضمن حرمة فرجها قلنا من المشايخ من منع المسئلتين الاوليين
ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة
وفرق بان وطي المجوسية مملوك للمولى وانما منع منه خبثها كالحائض
ولهذا لا يسقط احصانه بوطيها قبل عتقها وبعده يسقط فتضمنت
الشهادة تحريم فرجها واما اخته فحرام وطيها حقيقة حتى يسقط
احصانه به مع قيام ملك اليمين وفي المبسوط وطي اخته من الرضاع
ليس بزنا بدليل انه لا يلزمه الحد بوطيها قبل عتقها وبعده يلزمه
الحد وبضعها مملوك حتى لو وطيت بشبهة كان عقرها للمولى فدل

ذلك بعتقها وفي الطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها
ولا تقبل الشهادة على عتق احدى امتيه عنده لان ذلك لا يتضمن
حرمة فرجها عنده ولم يكن الوطي بيانا عنده حتى يجوز وطيها
قبل البيان على ما مر فكان ذلك كالشهادة على عتق احد العبدين
عنده وجه قول الجمهور ان المشهود به العتق وهو
حق الشرع بيانه انه لا يحتاج الى قبول العبد ولا يرتد برده
وانه مما يجوز ان يحلف به واليمين لا تكون بحقوق الادميين
ويجوز ايجابه في المجهول ولا يجوز ايجاب الحق للمجهول ويتعلق
به حرمة استرقاقه وذلك حق الشرع ويحصل بالعتق تكميل
الحدود ووجوب الجمعة ويثبت به اهلية الشهادة والولاية
ولهذا كانت قربة ولهذا كانت قربة يتأدى به بعض الواجبات
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الاعتاق ازالة
ملك اليمين ولم يتضمن تحريم الفرج فلا تقبل الشهادة فيه الا بالدعوى
كالبيع ونحوه بيانه ان المشهود به حق العبد لان الاعتاق احداث
قوة المالكية والاستبداد بالتصرفات وذلك كله حق العبد
واما ما وراء ذلك من ثمرات العتق فلا اعتبار به وانما المعتبر
المشهود به فاذا كان حقا للعبد يعتبر دعواه الا ما استثني اعلاه
ونحن نسلم ان في العتق معنى حق الشرع ولهذا لا يتوقف على قبوله
ولا يرتد برده مع ان ذلك لا يدل على انه حق الشرع بدليل ابرا
الكفيل فانه لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده وكالعفو عن
القصاص فان ذلك لا يرتد بالرد ولا يدل على قبول البينة بغير دعوى

ثم الفرق بين انكار العبد وبين انكار الامة ان العبد غير متهم في
انكار عتقه لان العاقل لا يجحد الحرية ليستكسبه غيره فيشفق
عليه ببعض كسبه ويجعل الباقي لنفسه فصح انكاره وصار مكذبا
لشهوده بخلاف الامة فانها متهمة في انكارها لما لها من المصلحة
والحظ في صحبة سيدها فكانت كالمدعية تقديرا حتى لو كان
العبد متهما بان كان لزمه حد قذف او قصاص في الطرف فانكر
العتق يقبل فان قيل لو كان حق العبد لمنع التناقض فيه كما
لو اقر بالرق ثم اقام البينة على حرية الاصل يقبل فالجواب
ان له شبهين فلشبهه بحقوق العباد قلنا الشهادة لا تقبل
بدون الدعوى ولشبهه بحق الشرع قلنا التناقض لا يمنع قبول
البينة عليه فان قيل قد ذكر في الزيادات ان العتق اذا حكم
به يصير الناس كلهم مقضيا عليهم وان كانت الدعوى لم توجد الا من
واحد منهم وعلل بانه حق الشرع فصارت الدعوى من واحد كالدعوى
من الكل والقضا على واحد قضا على الكل لانه حق الشرع والجواب
انا قد بينا ان فيه الحقين فمن حيث انه حق العبد لا تقبل البينة على
عتقه الا بالدعوى ومن حيث انه حق الشرع لا تقبل البينة برقه
بعد الحكم بعتقه لوقوع الشك في قبولها فلا يقبل فيها وهذا كله اذا
شهدا في صحته انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد
عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه
واداها في مرض موته او بعد وفاته يقبل استحسانا لان التدبير
حيث وقع كان وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في

الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او
الوارث لان مفيد الوصية حق الميت فكان الموصي مدعيا تقديرا
وهو معلوم ولان العتق يشيع بالموت فيهما فكان كل واحد
منهما مدعيا متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته
احدكما حر قيل لا يقبل لانه ليس بوصية فلم يكن الميت مدعيا
تقديرا وقيل يقبل لانه يشيع بالموت فيهما وهذا اظهر ولو
شهدا انه اعتق احدهما معينا الا انهما نسياه فشهدا بعتق
احدهما لم يقبل عندنا لان ذلك غفلة منهما وشهادة المغفل لا
تقبل ولو ادعيا ايضا لا تقبل عنده لان المستحق للحرية مجهول
تعرت البينة عن الدعوى مسئلة لو اعتق عبده في
مرض موته ولا مال له غيره عتق ثلثه بغير عوض وسعى في ثلثيه
عندنا اذا لم يجز الورثة وهذا مذهب سعيد بن المسيب
والقاضي شريح وعامر الشعبي وابرهيم النخعي والحسن وقتاده
وحماد بن ابي سليمان وعند الائمة الثلثة في العبيد يقرع بينهم
ويعتق بالقرعة وفي العبد الواحد يعتق ثلثه ويبقى ثلثاه رقيقا
يتصرف الورثة في ذلك كيف شاءت بالبيع والهبة وساير التصرفات
ذكر ذلك في الاكمال والمغني وغيرها احتجوا بمشروعية
القرعة لابطال الحرية عن البعض وتكميلها في البعض بما روى ابو المهلب
عن عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته
لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم
اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة وقال له قولا شديدا

رواه مسلم وابو داود والنساي وفي رواية اوصى عند موته فاعتق
ستة مملوكين رواه مسلم واسم ابي المهلب عمرو بن معوية وقيل
عبد الرحمن بن معوية وفي معنى القول الشديد عن ابي زيد قال
يعني رسول الله لو شهدته قبل ان يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين
رواه ابو داود والنساي وفيه لقد هممت ان لا اصلي عليه وفي
مسلم من حديث هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن عمران بن
حصين هذا الحديث مما تتبع مسلم واستدرك قال الدارقطني
هذا لم يسمعه محمد بن سيرين وانما سمعه من خالد الحذاء عن ابي قلابة
عن ابي المهلب عن عمران قال ذكر ذلك ابن المديني وكان يقول ثبت
عن عمران ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو اعتاقهم
فيستوون في الاستحقاق ولا يجوز اعطا البعض زيادة على
ما يستحقه وحرمان البعض جميع ما يستحقه كما لو اوصى برقابهم
لكل واحد برقبة ولا مال له سواهم وهذا لانه لما كان الماذون
فيه له اعتاق ثلث كل واحد منهم دون الثلثين لان ذلك حق الورثة
كانت اضافته الى كل واحد منهم اضافة الى ثلثه لا غير حتى نفاذه
لان ذلك حق المعتق دون الزايد عليه صار كانه قال اعتقت ثلث
كل واحد منكم ولو قال كذلك لا يجري فيه القرعة ذكره في
الجواهر وكذا لو سمى كل واحد من الستة باسمه في العتق بل يعمل
بالحصص عند المالكية وفي المدونة قال المغيرة من المالكية لو
اعتق احد عبيده الخمسة عند موته في وصية عتق خمس كل واحد
قال اصبغ وابو زيد والحرث في المسلتين في المرض لو اعتقوا عبيدهم

ولا يخرجون من الثلث فليعتق من كل واحد منهم ثلثه بلا سهم ولو
قال ميمون ومرزوق حران فليتحاصا في الثلث من غير قرعة ويقرع
في عبداي حران وعلاني احرار ذكره سحنون وابن المواز ولو ذكر الستة
في العتق تحاصوا بلا سهم ومنهم من قال يقرع كما لو لم يسمهم قال
شارح المدونة وحاصله في الكل قولان وقال ابن المواز لو قال
الثلاث عبيدي احرار او انصافهم فلا قرعة بينهم في صحة ولا في
وصية ولكن يعتق منهم الجزء الذي سماه وفي المنهاج لو اعتق
عبدا في مرضه عتق ثلثه ولو قال اعتقت ثلث كل عبد اقرع
وقيل عتق من كل ثلثه وفي المغني قال احمد اذا اعتق المعسر يسعى
لشريكه ويعتق وهو قول ابن شبرمة وابن ابي ليلى والاوزاعي
وابي يوسف ومحمد قلت وابي حنيفة لكن عندهما يعتق في الحال
ويسعى وهو حر قال لحديث ابي هريرة رواه ابو داود قلت
رواه الجماعة ثم قال لو قال احدكم حر يقرع بينهم فيخرج احدهم
الذي اعتقه بالقرعة للحرية ويرق الباقون وان كان له مال يخرج من
ثلثه ولا يجعل البيان الى المعتق المجمل بل جعلوه الى القرعة والبيان في
خطاب الشرع انما يكون الى المجمل ثم انهم سكتوا ان قياس الاصول
معناه ويتركونه بالحديث وفيه لم يكن له مال غيرهم واعتاقهم بالقرعة
مع وجود المال ترك للحديث وقياس الاصول والحكم بغير القياس
والحديث حكم بالتشهي نسال الله العافية وفي المبسوط ثم فيما قال
الخصم ضرر ابطال حق الاكثر من العبيد وزيادة لمن لا يستحق الزيادة
وفيما قلنا ضرر تاخير الحق في حق الورثة وضرر التاخير اهون وليس

فيه ترجيح حق العبد على حق الورثة لانه لا يعتق حتى يودي حق الورثة
عند ابي حنيفة وبه يبطل قول ابن قدامة ان الضرر في مذهبنا اعظم
من حرمان العبيد للعتق لانهم يعتقون من الملك ويستسعون العبيد
في الثلثين ولا يحصل للورثة شي في الحال اصلا ويحيلون الورثة على
السعاية وربما لا يحصل منها شي او لا يحصل في الشهر الا درهم او
درهمان فيكان في حكم العدم ويجبرونهم على الكسب والسعاية بغير
اختيار منهم وربما كانت المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على
البغا او عبدا فيسرق او يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث
افضوا بوصيته الى الظلم وما يوجب له العقاب من ربه والدعا
من عبده وورثته وهذا الذي ذكره اعتراض منه على رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقد اثبت رسول الله السعاية في الحديث
الثابت في الصحيحين وساير كتب السنن وقد ذكرنا ان امامه اثبت
السعاية في اعتاق المعسر لشريكه وذكر ابو محمد في المحلى القول
بالسعاية عن ثلثين من اصحاب رسول الله فلا يلتفت اليه بعد
هذا وليس فيه ترجيح العبد على الورثة عند ابي حنيفة كما ذكرنا
مع ان الحديث الذي ذكروه في القرعة يرويه ابن سيرين عن عمران
ابن حصين كما ذكرناه من رواية مسلم وهو لم يدركه ولم يسمع منه
شيا ورواه مالك مرسلا وقال حماد بن ابي سليمان القرعة
والاستحقاق بها قول الشيخ يعني ابليس فقال له محمد بن ذكوان رفع
القلم عن ثلث عن المجنون حتى يفيق فقال له حماد ما حملك على هذا
قال ابن قدامة هذا قليل في حقه بل حري ان يستتاب فان تاب

والا ضربت رقبته قلت هذا تحامل عليه وجهل من قايله
باصول الفقه لان خبر الواحد يوجب العمل دون العلم ولا يكفر جاحده
فان راويه يجوز عليه الغلط والنسيان وعدم الضبط والكذب
فانه غير معصوم فان جوز ذلك في حقه في هذا الحديث مع ان
البخاري لم يوافق عليه فمن جحد حديث الاستسعا الذي اتفقا
على تصحيحه مع ساير رواة السنن اولى ان يضرب عنقه وقد
ذكرنا ان عليه ثلثين صحابيا وعلى قولهما ان يجعل العبد للعتق
فذلك ليس بصنع منا بل باعتاق الموصي ولزوم تصرفه شرعا واذا
ابطلنا حق الاربعة بعد اعتاقهم وجمعنا في اثنين كان بصنعنا
فلو كان الجمع في اثنين وابطال حق الاربعة جايزا لجاز بدون القرعة
فان القرعة لا تعلم الحق في تكميل العتق فيمن لا يستحقه وحرمان
المستحق وعندهم الاعتاق لا يسري في حق المعتق المعسر فينبغي
ان يبقى الثلثان من كل عبد رقيقا على اصلهم ولا يجب عندهم سعاية
فلا يشكل عليهم ما ذكروه لولا القرعة ويرد عليهم المريض اذا ابرا
المديون مما عليه من الدين سقط ثلثه في الحال وبريت ذمته منه
وبقي الثلثان على المفلس وقال الشيخ ابو بكر الرازي القرعة
بين العبيد من جنس الميسر المحرم بنص القران لما فيه من نقل الحرية
عمن وقعت عليه الى غيره بالقرعة ولما فيه من بخس الحق وابطاله
حتى لا يعطى منه بشي واخذ بعضهم حقه وحق غيره فهذا هو الميسر
بعينه ولان العتق نازل في الكل حتى لو برا من مرضه عتقوا كلهم كما
لو وهبهم ثم برا نفذت هبته في الكل والبرا لا يوجب عتقا لم يصح.

فثبت انه واقع في جميعهم والعتق لا يجوز رفعه بالقرعة ولا حجة
لهم في حديث عمران لوجوه الاول انه قضا في شيء بعينه وهو
واقعة عين ووقايع الاعيان لا عموم لها والثاني يحتمل ان يكون
المراد به اثنين شايعين اي قدر اثنين لا باعيانهما كقوله عليه السلام
في اربعين شاة شاة ذكره الجصاص لانا اذا اعتقنا من كل واحد ثلثه
فقد اعتقنا قدر اثنين منهم ويحمل على هذا جمعا بين الاثر والنظر
لكن يرد على الجصاص اقراعه عليه السلام لانه اذا اعتق من كل واحد
ثلثه قدر اثنين شايعا فلا حاجة الى القرعة والثالث انه لا
يتفق ان يكون لانسان ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا قماش
ولا اثاث ولا نحاس ولا دابة يركبها ولا قمح في بيته ولا قوت في
بيته ولا دار يسكنها ولا شي قل ولا جل وهو منكر جدا بل هو من قبيل
المستحيل في العرف والعادة فيرد به كما يرد عندنا خبر الواحد فيما
فيه عموم البلوى والرابع لا يتفق ان يكون ستة اعبد قيمتهم
سوا لا تزيد قيمة احدهم على الباقين او على بعضهم بدرهم او درهمين
بل ما كان من ذوات الامثال يختلف قيمته لان فيه الجيد والوسط
والردي فكيف بذوات القيم وزعموا ان عبيد الحجاز انما هم الزنوج
والحبش وقيمتهم متساويه وهو دعوى منهم بلا برهان ولا عرف ولا
عادة ولا شاهد الحال فانا نرى عبيد الحبش عبدا بخمسمايه واخر
باربع مايه واخر بثلثمايه وتفاوت القيم في بني ادم فاحش جدا وفي
صحيح مسلم اعتق علي بن الحسين عبدا له قد اعطاه به ابن جعفر
عشرة الاف او الف دينار فبطل قولهم كانت قيمتهم متساويه فلا

يلتفت الى الزعم الذي لا دليل عليه ومثلهم الزنوج
الناس الف منهم كواحد وواحد كالالف ان امر عنى
وذكر الشيخ عز الدين بن عبد السلام في قواعده انه لا وجه
للاقراع عند تعارض البينتين ولا عند تعارض الخبرين اذ لا يعتد
معه باحد الخبرين ولا باحدى الشهادتين قلت وكذا لا يعتد
معه باعتاق عبدين وارقاق اربعة بعد تقدم اعتاق الستة ثم ذكر
ان شرع القرعة انما كان لدفع ايغار الصدور والاحقاد والضغاين
والرضى بالمقادير لا ان القرعة تظهر الحق وتبينه انتهى كلامه وقد
رجع الى الحق فيها وانما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز فعله
بغير قرعة كما في القسمة فان للقاضي ان يعين نصيب كل واحد منهم بغير
قرعة وانما يقرع لدفع تهمة الميل عن نفسه وكذا في قسمة الغنايم
والمسافر بالزوجة فان له ان يسافر بمن شا منهن من غير قرعة
ويونس عليه السلام عرف انه المقصود وانما اقرع لئلا ينسب اليه
ما لا يليق بالانبيا وكذا زكريا عليه السلام كان احق بضم مريم الى نفسه
لان خالتها كانت تحته ولكنه اقرع لتطييب قلوب الاحبار مع انها
كانت معجزة فقد روي انه كان من الحديد وكان الشرط ان من طفا
قلمه على وجه الما فهو احق بها وقيل كان من القصب وكان الشرط
ان من استقبل قلمه جري الما ولم يجر مع الهوى فهو احق بها وعن
عامر الشعبي في رجل اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره
قال قال مسروق هو حر كله شي جعله لله لا ارده وقضى شريح
وفيه اشارة الى ان الاعتاق يتجزأ في الحكم كما هو مذهب ابي حنيفة

وانه يجب اتمامه ولا يجوز استدامة الرق كما هو فتيا مسروق وعن
علي رضي الله عنه ان رجلا اعتق عبدا له عند موته وعليه دين قال
يسعى العبد في قيمته وعن ابن مسعود مثله قال يسعى الامة في ثمنها
اي في قيمتها وكذا ورد في الحديث وهو حجة على ملك في منع نفاذه
مع الدين واعتق بالمثلة ملك واصحابه والاوزاعي والليث
ابن سعد الا ان مالكا جعل ولاه لسيده وهما لجماعة المسلمين
ويعتق بالمثلة عند ابن حنبل ايضا لحديث عبد الله بن عمرو بن
العاصي ان زنباعا خصى عبدا له وجدع انفه واذنيه فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من مثل به او احرق بالنار فهو حر
وولاؤه لجماعة المسلمين وكان زنباع كافرا ابو عبيد وهو من رواية
يحيى بن ايوب عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده عبد الله بن عمرو قال ابن حزم في المحلى لا خير فيهما وهما
ضعيفان ومن العجب ان مالكا اخذ به في العتق دون الولاء والاوزاعي
والليث اخذا به فيهما وفي صحيح مسلم عن ابن عمر قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من ضرب غلاما حدا لم ياته او لطمه فان كفارته
ان يعتقه وهو قول داود الظاهري واصحابه وقالوا يعتق والامة
اذا لطمها بباطن كفه على خدها ولا يجب بخصيه وجبه وقطع
يديه ورجليه وفقء عينيه شيء كما تقدم وان كان اللاطم محتاجا
الى خدمته لا يعتق حتى يستغني عنها فاذا استغنى عنها عتق
لحديث معاوية بن سويد عن مقرن عن ابيه قال كنا بني مقرن
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لنا الا خادم واحدة

فلطمها احدنا فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقوها
قيل ليس لهم غيرها قال فليستخدموها فاذا استغنوا فليخلوا
سبيلها رواه مسلم ايضا فقد امر باعتاقه وهو عدم عند
الحاجة اليه وعند الاستغناء امر بتخلية سبيلها وانما تخلى سبيلها
اذا كانت حرة وقد تركه ملك والشافعي من غير معارض وقول
ابن حزم في غاية الفساد لبيانه انه عليه السلام جعل
كفارة لطمه ان يعتقه فلا بد من اعتاقه ولا يقتضي عتاقه
بمجرد اللطم من غير صنعه في عتقه كما في كفارة الظهار اذا قدر على
العتق فان كفارته اعتاقه ولا يعتق من غير اعتاق وقد قال ابن
حزم هذا ان من ملك اباه لا يعتق الا باعتاقه لقوله عليه السلام
لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه مع
قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وقد تقدم
بسنده وجعل الابوين دون الاخ والخال حتى لا يعتقان بملكهما
والاخ والعم يعتقان بالملك من غير اعتاق وهو بعيد من الفقه
والنظر **باب الحلف بالعتق** قوله
ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس
له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ
يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان
المعتبر قيام الملك عند الدخول ويسمى هذا التنوين تنوين
العوض عند النحويين وهو يختص بالمبنيات واختلفوا في دخوله
المعرب مثل كل وبعض فمنهم من يقول تنوين العوض عن المضاف

اليه لان الاصل كلهم وبعضهم والاصح انه تنوين التمكين الذي يدل على
امكنية الاسم لانه معرب منون ذكره ابن يعيش في شرح المفصل
واذ ظرف لما مضى من الزمان ولهذا قال صاحب الكتاب اذ دخلت
كقوله تعالى اذ قالت الملايكه وقوله تعالى اذ يقول المنافقون
حكايه حال ماضيه ومن حق هذا الباب ان يكون في الايمان
وانما ذكر هنا لاجل الجزاء دون الشرط وهو قول مالك ورواية
عن ابن حنبل فانه صحح ذلك في العتق دون الطلاق وزعم ان
الشرع يتشوف الى العتق دون الطلاق وهذا لا اصل له عندنا
ويصح فيهما وكذا لو كان في ملكه مملوك يوم حلف تبقى على
ملكه حتى دخل عتق وهذا اجماع ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ
لم يعتق يعني في المسئلة الاولى لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء
حريه المملوك في الحال عند وجود الشرط وفي الاول انما عتق
من كان مملوكا له عند وجود الشرط فساول الموجود ومن يوجد
عند الشرط مملوكا له ومن قال مملوك لي ذكر فهو حر وله جاريه
حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدته لستة اشهر فصاعدا
ظاهر لان في قيام الحمل وقت اليمين شكا وكذا لو ولدته لاقل من ستة
اشهر وان تيقنا بوجوده عند اليمين لان المملوك المطلق لا يتناول
الجنين لانه مملوك تبعا للامه لا مقصودا ولانه مملوك من وجه دون
وجه والمطلق ينصرف الى المتعارف الكامل ولهذا لا يتناول المكاتب
خلافا لزفر ولا النصيب من مملوك مشترك بينه وبين اخر ذكره
في المحيط ولانه عضو من وجه ولهذا لو اعتق حاملا مشتركة بينه

وبين اخر لا يضمن الحمل واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء
ولا يملك بيعه الا تبعا للامه والمملوك يتناول الذكر والانثى
وفي المدونه لو قال مماليكي او عبيدي او رقيقي احرار قال مالك
عتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده ومكاتبوه وكل شقص
له في مملوك ولا يعتق عبد عبده وعندنا يعتقون بناء على ملك
العبد وعدم ملكه ولهذا لو حلف لا يركب دابه فلان فركب دابه
عبده الماذون يحنث عندنا لكن عندهما بالنيه وعند محمد بغير نيه
والعتق على هذا الخلاف يعني لا يعتق عندهما الا بالنيه وعند محمد
بدون النيه وان نوى الذكور دون الاناث او الاناث دون الذكور
صدق ديانة للتخصيص وان قال لم انو المدبرين قيل لا يصدق
ديانه وقضاء والصحيح تصديقه ديانه ويدخل فيه الماذون
والمرهون والمستاجر والمديون ذكر ذلك كله في المحيط ولا
يدخل فيه الحمل اذا كان موصى له به لقصور المملوكيه فيه حتى لو
قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى حاملا لا يعتقان
وان كان على عبده الماذون دين محيط بكسبه لا يعتق عبد عبده
وان نوى لعدم ملكه وعند ابي يوسف يعتق ان نوى وعند محمد
يعتق بغير نيه وقال ابن سحنون لو قال رقيقي احرار عتق
ذكورهم واناثهم ولو قال عبيدي احرار لم يعتق الاناث وردوا
عليه لان لفظ العبيد يتناول الذكور والاناث كقولنا دل عليه
قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في عبد والامه مثله لتناولها
لفظ العبد وفي الذخيره قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال

دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف كل مملوك لي حر
ونوى التخصيص فيه يصدق ديانة وضابطه ان كلمة كل اذا
ذكرت بعد الاسم العام تاكيدا له تقبل التخصيص واذا لم يذكر كلا تاكيد
قبل التخصيص وفي المنهاج لو كانت الحامل لرجل وحملها لاخر
لم يعتق احدهما بعتق الاخر قال وفائدة التقييد بوصف المذكوره
انه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل تبعا لها فيعتق بعتقها
قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال
كل مملوك لي حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا اخر ثم جاء بعد
غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق الذي اشتراه بعد
الحلف وفرق في الكتاب بان املك للحال حقيقه ولهذا
يستعمل له من غير قرينه وللاستقبال بقرينة السين او سوف
فالذي يحتاج الى القرينه هو المجاز وكذا ان ولن وكي واذن في جميع
ادوات الاستقبال ولا يقال انه يستعمل للحال الان او الساعة
لانا نقول ليس ذلك حروف الحال بل هما ظرفان موضوعان للحال
يذكران للتاكيد ونفي احتمال ارادة المجاز ولانهم وضعوا صيغا للماضي
وصيغا للاستقبال وهي الامر والنهي فوجب ان يكون افعل للحال
لان الاصل ان يكون لكل معنى لفظ على حده فاذا ثبت ذلك وجب
ان لا يكون حقيقه في الاستقبال نفيا للاشتراك والمجاز اولى
من الاشتراك ونفيا للترادف وهو ان يكون للاستقبال صيغتان
أفعلُ وَافعلْ فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين لانه مجاز وفي المحيط
لان املك وان كان حقيقه للاستقبال لكن صار عبارة عن الحال

بالشرع والعرف كما في الشهادة ويقال املك كذا كذا درهما فكان
كالحقيقه في الحال وكالمجاز في الاستقبال قلت يرد على
تعليله اشكال على ابي حنيفه رضي الله عنه وهو ان الحقيقه المستعمله
اولى من المجاز الراجح عنده كما في الشرب من الفرات على ما عرف في
الجامع وغيره وكذا قوله كل مملوك لي يتناول الموجود عند اليمين
دون ما يستحدث فيه الملك فان من قال لي دار او دابة او عبد
لا يفهم منه ما يتجدد له ملك في ذلك وفي الذخيره صيغه
افعل للاستقبال حقيقه وللحال حقيقه قلت هذا مذهب
المحققين من النحويين فانهم اعربوا المضارع لشبهه بالاسم فانه
يكون شايعا فيتخصص بالسين وسوف كما ان الاسم يكون شايعا
فيتخصص بالالف واللام وبعد هذا اختلفت عبارات المشايخ
قال بعضهم هي للحال احق اذ ليس للحال صيغه سواه بخلاف
الاستقبال فعند الاطلاق ينصرف اليه وقال بعضهم لما
كانت حقيقه فيهما يتعين لاحدهما بغلبة الاستعمال كما يتعين للاستقبال
في قولك اتزوج واسافر ويتعين للحال في قولك اشهد واصلي
وفي المحيط قال اتزوجك فقالت قد فعلت ينعقد النكاح
لان الصيغه وان كانت للاستقبال الا انه يحتمل الحال وقد اريد به
التحقيق والحال دون العدة والاستقبال لانه يقع بعد الرسالة
والخطبه والهدية بخلاف البيع فانه يقع بغتة وفلتة وحقيقه
هذه اللفظه الاستقبال فلا يقع للحال من غير دلالة الحال وقد ذكرنا
الفرق بينهما في اول كتاب النكاح من وجوه وذكرنا في كتاب الطلاق ان

افعل للحال والاستقبال او مشترك وانما اعدنا الكلام فيه لموافقه
صاحب الكتاب ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك
لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده وقت اليمين
مدبر والاخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف
في النوادر يعتق من كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق من استفاده
بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر
لابي يوسف ان اللفظ حقيقه في الحال على ما ذكرناه فلا يعتق به
من سيملكه في المستقبل لان الجمع بين الحقيقه والمجاز غير مستجاز
وكذا لا جمع بين مفهومي المشترك في الاثبات عندنا وهو المختار
عند الاصوليين وقد اريد به الحقيقه وهو الحال او المجاز على قول
او احد معنيي المشترك على قول حتى صار صاحب الملك مدبرا دون
الاخر فلا يراد غيره لما عرف ولهما انه ايجاب عتق وايصا حتى
اعتبر من الثلث وهذا لان قوله كل مملوك لي حر ايجاب عتق وقوله بعد
موتي وصيه والوصيه تنصرف الى ما يوجد عند موت الموصي كما تنصرف
الى ما وجد في الحال اذا بقي الى وقت موته بدليل صحة الوصيه بماله
وان لم يكن له مال عند الوصيّة اذا وجد عند موته وكذا لو اوصى
بثلث ماله وهلك ماله لا يبطل الوصيه ولو انصرف الى ثلث ماله
الموجود في الحال لبطل كما لو اوصى بثلث مال معين فهلك ذلك
المال ثم في الوصايا يعتبر الحاله المنتظره والحاله الراهنه الا ترى
انه يدخل في الوصيه بالمال ما يستفيد بعد الوصيه حتى لو اوصى
بما تثمر نخيله العام صحت وفي الوصيه لاولاد فلان يعتبر من كان موجودا

في البطن عند موت الموصي حتى لو وضعته لاقل من سته اشهر من يوم
موت الموصي صحت الوصيه له والايجاب يصح منجزا او مضافا الى الملك
والى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول الموجود للحالة
الراهنه فيصير مدبرا ومن حيث انه ايصا يتناول الذي يملكه بعد
الوصيّة للحاله المتربصه والمنتظره وهي حالة الموت وقبل الموت
حاله التملك حالة استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند
الموت يعتبر كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه حر فالحاصل
ان ما كان في ملكه دخل باعتبار الايجاب للحال لا باعتبار الوصيّة
وما ملكه في المستقبل دخل تحت الايجاب بحكم الوصيه لا غير فلم
يكن جمعا بين الحقيقه والمجاز او بين الحال والاستقبال بسبب واحد
بل بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصيه بخلاف قوله بعد غد على
ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق بعد غد وليس فيه ايصا
ولو قال كل مملوك الى سنه او الى ان اموت او ابدا يدخل فيه
من اشتراه بعد اليمين ولا يدخل فيه من كان في ملكه وقت اليمين
لانه استقبال محض فلا يتناول الحال وفي الجامع لو قال كل
امراة املكها او كل عبد املكه يتناول من في ملكه دون من سيملكه
في المستقبل الا ان ينويه لانه شدد على نفسه ولو قال كل
امراة املكها او كل عبد املكه اليوم يتناولهما لان الحاله الراهنه تمتد
والمجلس قد يطول وكذا لو قال غدا عند محمد كاليوم وكما لو قال ايام املكه
وعند ابي يوسف يتناول من سيملكه كما لو قال ابدا او الى ثلثين سنة
والحاله الراهنه لا تمتد ثلثين سنه وجه اخر ذكر في المبسوط

لوجه قوله والحاله محض استقبال لان بالنظر الى اقتصار دلاله اللفظ على الحال يقتضي ان لا يعتق ولا يصير وبالنظر الى كون التصرف وصية يقتضي الامرين فقلنا بالعتق دون التدبير عملا بالدليلين ولا يمكن العمل على القلب لان التدبير مستلزم للعتق بعد الموت لا محالة اما العتق بعد الموت لا يستلزم التدبير والله اعلم

باب العتق على جعل

قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد في المجلس عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله ولا يتوقف عتقه على ادايه لانه معاوضه المال بغير المال لان العبد لا يملك نفسه وحكم المعاوضه ثبوت الحكم بقبول العوض قبل ادايه في الحال كالبيع فاذا قبل عتق والعوض دين في ذمته حتى صحت الكفالة به لكونه دينا لازما في ذمته بخلاف بدل الكتابه فانه غير لازم وقد ثبت مع المنافي لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم على ما ياتي تمامه في كتاب الكفالة ان شا الله تعالى واطلاق المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان اذا ذكر نوعه على سبيل البدل وان كان بغير عينه لانه معاوضه المال بغير المال فاشبه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وهو قول مالك وفيه خلاف الشافعي وهو يعتبره بالبيع والاجارة وقد تقدم ذلك في النكاح والخلع وكذا المكيل والموزون والمعدود الذي لا يختلف احاده اذا كان معلوم الجنس ولا يضر جهاله الوصف وقد عرف ذلك فيما تقدم

قال وان علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا له في التجارة

وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الفا فانت حر ولا يشترط القبول ويعتق بالادا ولا يصير مكاتبا حتى يجوز بيعه قبل الادا ولو قال كل مملوك لي حر عتق بخلاف المكاتب لانه صريح في تعليق عتقه بالادا وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتها على ما نبين وانما صار ماذونا له لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الادا منه دلاله ومراده تحصيل ذلك بالتجاره لانها المشروعه دون التكدي فانه مذموم وان كان داخلا في الاذن وفي الحواشي فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البدل هو المال الذي ملك المولى والمبدل هو عتق العبد والعبد ملكه ايضا فكيف يتحقق المعاوضه والمالك لهما واحد قلنا لما ثبت عند الادا معنى الكتابه اخذ حكمها اقتضا وهو ان يصير العبد احق بالمودى كالمكاتب لانه لو لم يصر كذلك لم يجتهد في الاكتساب الا ان المكاتب على نفسه واكسابه اذا ادى بدل الكتابه مما اكتسبه قبل الكتابه يعتق ولا يرجع به المولى عليه لدخوله تحت عقد الكتابه وهنا يعتق به كادا المغصوب ويرجع به المولى عليه والجواب انه انما اخذ حكم الكتابه في الانتها ضروره فلا يظهر فيما اكتسبه قبل التعليق في منع المولى من الرجوع وان كان يظهر في جبر المولى على القبول لنزول العتق به اذ حصول الادا من مال المولى لا يمنع صحة الادا في حق حصول العتق به كالمستحق لعدم بان كان مغصوبا لكن لا يجبر على القبول في المغصوب اذا علمه فان قيل كيف يصير ماذونا له في التجارة مع اقتصاره على المجلس قيل من جمله صور الاذن ان يقول اذا اديت او متى اديت وذلك لا يقتصر على المجلس وانما تكلمنا في ان يقول

اقتصار على المجلس لا يمنع من صيرورته ماذونا له الجواز انه يكسب
فى المجلس ما علق عتقه به واستغاله بالكسب لا يوجب تبدل المجلس
لانه فى تحقيق مقصوده كما لو قالت ادع لى ابى استشيره او شهودا
اشهدهم وان احضر العبد المال اجبره الحاكم على قبضه ويعتق العبد
به ومعنى الاجبار فيه وفى ساير الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية
وشرطها انه لو مد يده اليه امكنه قبضه وهو قول الشافعى
وفى الينابيع لو مات المولى قبل الادا فى جميع ما ذكرنا بطل
يمينه الا فى رواية ابى سليمان وقال زفر لا اجبر على القبول وهو
القياس لانه يمين ولا جبر على شروط الايمان والدليل على انه يمين
عدم توقفه على قبول العبد وعدم احتمال الفسخ بخلاف الكتابة فان
لها حكم المعاوضة من وجه والتعليق من وجه ولهذا يفسد بفساد
العوض والشرط الفاسد فى صلب العقد ولو كاتب امته الحامل على
ما فى بطنها له فسدت الكتابة كالبيع والبدل فيها واجب ولنا
انه تعليق نظرا الى اللفظ والصورة ومعاوضة نظرا الى المقصود
لانه ما علق عتقه باداء المال الا ليحثه على تحصيله ودفعه اليه
لينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته لان التعليق به يحمل
بمنزلة الكتابة ولهذا يقع الطلاق به باينا بلفظ الصريح الذى لا
يقع به الا رجعيا فدل على معنى المعاوضة بخلاف التعليق بدخول
الدار ونحوه فانه لا جبر فيه ولا يقع عند وجود الشرط الا رجعيا
فجعلناه تعليقا فى الابتدا عملا باللفظ حتى لا يجوز فسخه ولدفع
الضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه قبل الادا ولا يكون العبد

احق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المنفصل قبل الادا ولو مات المولى
وادى الى ورثته لا يعتق بخلاف المكاتب نص على ذلك ابو يوسف
وقد ذكرنا رواية ابى سليمان ولو باعه ثم اشتراه يجبر على القبول
عند ابى يوسف ولا يجبر عليه عند محمد لبطلان المعاوضة ذكره فى
الزيادات وجعلناه معاوضة فى الانتها يعنى عند الادا وما بعده
دفعا للضرر عن العبد لانه لو لم يجبر على القبول لضاع تعبه فى السعى
والاكتساب وذلك غرور بالعبد وقوله فعلى هذا تخرج المسايل
ويدور الفقه يعنى ان كل مسئلة لها شبهان يوفر على كل شبه
حظه كالهبة بشرط العوض جعلناها هبة محضة فى الابتدا حتى
لا تفيد الملك قبل القبض ولا يجبر على تسليمه ويفسد بالشيوع
فيما يحتمل القسمة ولا تستحق فيها الشفعة قبل القبض ولا يرد
بالعيب وبعد القبض جعلناها بيعا حتى يستحق فيها الشفعة
ويردها بالعيب ويترتب عليها بعد القبض احكام البيع ولو ادى
البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق كالمكاتب قلت
يرد هذا على قوله فجعلناه تعليقا فى الابتدا لان الجبر على القبول
ليس هو حكم التعليق ولو ادى البعض وحط البعض لا يعتق فقد اعتبر
حكم التعليق لان شرط عتقه ادا الكل حتى يوجد الشرط بخلاف
المكاتب فانه يعتق بذلك وكذا لو ابراه من جميع بدل الكتابة عتق
ايضا لبراءة ذمته ولا شئ فى ذمة العبد ليتحقق الحط والابرا
وانما يعتق بوجود الشرط وهو ادا جميعه وفى مبسوط خواهرزاده
على ما ذكر عنه صاحب الحواشى لا يجبر على قبول البعض لاعتبار جهة التعليق

قبل ادا الجميع وحكم المعاوضه والكتابه انما يثبت عند ادا الكل
دون البعض ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق عتق ويرجع
المولى عليه به كالمستحقه وكذا المكاتب يعتق به فاذا ضمنها
للمستحق يرجع على المكاتب وكذا يرجع ايضا لو اداه من المال الذي
كان اكتسبه قبل الكتابه ولو كان العبد اكتسبه بعد التعليق
وادى لا يرجع عليه لانه قد صار ماذونا وهو محتاج الى كسبه
ثم الادا في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لمعنى المعاوضه وعليه
اشكال لان معنى المعاوضة انما يثبت في الانتها لا في الابتدا على
ما ذكره صاحب الكتاب بل المعتبر في الابتدا حكم التعليق كما
تقدم ولهذا لا يشترط القبول كساير الشروط وعن ابي يوسف
انه لا يتقيد بالمجلس وهو الذي يوافق ما تقدم وفي قوله اذا
اديت او متى اديت لا يقتصر على المجلس لانها لعموم الوقت وقد
ذكرناه وفي المبسوط لو اختلفا في مقدار المال المعلق بادايه
فالقول للمولى لانه ينكر الشرط والبينه للعبد ولو قال انت حر
على الف فعمل حتى عتق ثم اختلفا فالقول قول العبد لانكاره بعد عتقه
وفي الخزانه لو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مايه وقبل فهو
مكاتب لا يجوز بيعه قوله ومن قال لعبده انت
حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب
الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما
لو قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول في الحال لان ايجاب
التدبير وجد في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق والمولى لا

يستوجب على عبده مالا الا على مكاتبه لما عرف قال لولا العتق في
مسئلة الكتاب اذا قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي
او القاضي ان امتنعا من اعتاقه لان العتق متى تاخر عن الموت يحتاج
الى التنفيذ ويعتق من ثلث ماله ونظر في قوله انت مدبر على الف
الى صورة اللفظ فاعتبره ايجابا في الحال وان كان معناه انت حر بعد
موتي وفي البدايع عن ابي يوسف القبول في الحال لانه ايجاب
العتق في الحال بعوض الا ان العتق يتاخر الى ما بعد الموت فكان
القبول في المجلس كما اذا قال ان شيت فانت حر راس الشهر ولو قال
انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول في الحال بلا خلاف لانه جعل
القبول في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا
ولا يجب المال لما ذكرنا وفي الزيادات قال انت حر بعد موتي
على الف فالقبول بعد الموت ويشترط تنفيذه قال انت حر على
الف بعد موتي فالقبول في الحال وبه يتدبر ولا شي عليه وقد تقدم
وعلى هذا قال انت طالق غدا ان شيت فالمشيه في غد ولو قال
ان شيت فانت طالق غدا فالمشيه في الحال وابو يوسف سوى بينهما
وشرط القبول في الغد وزفر يخيره وفي المنهاج لو قال ان شيت
فانت مدبر او انت حر بعد موتي ان شيت اشترطت المشية متصلة
وقوله لان الميت ليس باهل للاعتاق صحيح فاذا مات لم يعتق بموته
حتى يعتق فالميت ليس باهل ان يعتقه بقبوله بخلاف المعلق بنفس
الموت حيث يعتق بالاهليه السابقه وعند ذلك كان اهلا له ومن
اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد وعتق ثم مات العبد

من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين وفي المبسوط قال انت
حر على ان تخدمني سنة فقبل فهو حر والخدمة عليه يؤخذ بها فان
مات المولى فللورثة ان ياخذوه بما بقي من خدمة السنة من قيمته
في قياس قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف الاول وبه قال
محمد وانما ياخذونه بما بقي من قيمة الخدمة قلت وفي الكتاب
سوى بين موت العبد والمولى قال عيسى هذا غلط بل ياخذونه
بما بقي من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد
موته كما لو كان اعتقه على الف درهم واستوفى بعضه ثم مات كان
للورثة ان ياخذوه بما بقي من الالف ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس
يتفاوتون في الخدمة وكان الشرط ان يخدم المولى وقد فات بموته كما يفوت بموت
العبد ولو مات العبد قبل تمام المدة فللمولى ان ياخذ من تركته بقدر
ما بقي عليه من خدمة تلك المدة من قيمته في قول ابي حنيفة الاخر
وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاول وهو قول محمد من قيمة الخدمة
واصل المسئلة في كتاب البيوع اذا باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت
او هلكت قبل قبضها في قول ابي حنيفة الاخر وهو قول ابي يوسف يرجع
على العبد بقيمة نفسه وفي قوله الاول وهو قول محمد يرجع بقيمة الجارية
قال السرخسي الا ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن
خدمة البيت وهي معروفة بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا يفوت بموت
المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا يورث
فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته او قيمة

الخدمة على حسب ما اختلفوا فيه لمحمد رحمه الله انه عقد لا يحتمل
النقض والفسخ بعد ثبوت العتق فصار كالنكاح والطلاق والصلح عن دم
العمد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كل واحد من العوضين له قيمة وقد
تعذر الفسخ بالعتق فوجب الرجوع بقيمة ما خرج من ملكه كمن باع
عبدا بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم يجب عليه قيمته لانه
كان في ضمانه وتعذر تسليمه بموته فيجب عليه قيمته لانه هو
الذي خرج من ملكه وفي المحيط والاسبيجابي ذكر قولهما وقول محمد
كما ذكر في الكتاب وعلى هذا ذمي اعتق عبده على خمر او خنزير يعتق
بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبض الخمر فعندهما على العبد قيمته
وعند محمد عليه قيمة الخمر وفي الاسبيجابي لو كان خدم سنة ثم مات
احدهما فعلى قولهما عليه ثلثة ارباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه
قيمة خدمته ثلث سنين ولو لم يستحق الجارية ولكنه وجد بها عيبا
فردها فهو على هذا الخلاف اذا كان عيبا فاحشا وان كان غير فاحش
فكذلك عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها لانه يجعل هذا مبادلة مال
بغير مال فاشبه النكاح والمراة لا تقدر على رد مهرها في العيب اليسير
وقد ذكر في نكاح الجامع ولو قال ان خدمتني سنة فانت حر
فخدمه اقل من سنة او اعطاه مالا عوض خدمته لم يعتق او قال
ان خدمتني واولادي سنة فمات بعض اولاده لم يعتق قوله
ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان
تتزوجه فالعتق جائز ولا تجبر على ذلك لمكان الحرية ولا شيء على الامر
لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء

غير جائز

لان اشتراط البدل على من لا يسلم له المبدل لا يجوز الا في الخلع والصلح عن دم العمد ويقع العتق عن المامور وقد عرف الفرق فيما تقدم ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم علي والمسئلة بحالها قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها اداه الامر الى المامور وما اصاب مهر مثلها بطل عنه لعدم تزوجها لانه لما قال عني تضمن الشرا اقتضا لان اعتاق الانسان امته او عبده عن غيره لا يجوز عندنا لما فيه من الزام الولاء عليه واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شرا وبالبضع نكاحا وقد فات البضع بابايها فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد لان العتق لا يصلح مهرا لانه ليس بمال وانما هو اسقاط الرق واثبات الحرية والمهر لا يكون الا بمال وعند ابي يوسف لا مهر لها وجوز جعل العتق صداقا لها وان ابت ان تزوجه نفسها فعليها ان تسعى في قيمتها في قولهم

باب التدبير

الموت والوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيرا لانه اعتاق في دبر الحياة ذكره في

المغني والدبار الهلاك والدابرة آخر الرحل ودبر الرجل اذا ولى ذكر ذلك ابن فارس في المجمل قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك وكذا حررتك او اعتقتك او انت محرر او عتيق او معتق بعد موتي فقد صار مدبرا وفي الينابيع الفاظه انواع ثلاثة احدها قوله دبرتك او انت مدبر او انت حر عن دبر مني والنوع الثاني قوله ان مت فانت حر وان حدث بي حادث الموت فانت حر والنوع الثالث اوصيت لك برقبتك او اوصيت لك بثلث مالي فيدخل رقبته فيه وحكمه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التزوج ولا التصدق به ولا رهنه وله اعتاقه وكتابته واكسابه ومهرها وارشها للمولى في رواية هشام عن محمد وفي المقدمات التدبير اللازم هو ان يقول هو مدبر او حر عن دبر مني او حر بعد موتي بالتدبير فان قال هو حر بعد موتي او قال اذا مت ولم يرد فهو وصية يصح الرجوع فيها عند ابن القسم حتى يعلم انه اراد التدبير وعند اشهب تدبير حتى يعلم انه وصية وفي المنهاج صريحه انت حر بعد موتي او اذا مت فانت حر او اعتقتك بعد موتي وكذا دبرتك او انت مدبر في المذهب والتدبير تعليق العتق بصفة وفي قول وصية وفي المغني صريحه انت مدبر او دبرتك او حر بعد موتي وكذا لو علق صريح العتق بالموت فقال انت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي فقد صار مدبرا بلا خلاف قلت تقدم خلاف ابن القسم

قوله هو حر بعد موتي او حر اذا مت قال ابن قدامه قال بعض
الشافعيه في قوله انت مدبر او قد دبرتك يحتاج الى النيه وليس
بصريح في التدبير ولنا ان ذلك صريح في التدبير فلا يحتاج
الى النيه كالبيع ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه
الا الى الحريه عندنا قال ابن قدامه في المغني وهو قول ابن عمر
وبه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري
والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وملك واصحابه وقال
القاضي عياض في الاكمال هو قول كافه العلماء والسلف من
الحجازيين والكوفيين والشاميين وحكاه صاحب المبسوط
عن زيد بن ثابت وابو الوليد بن رشد في المقدمات عن عمر بن
الخطاب رضي الله عنهما وروي ايضا عن عثمان وابن مسعود وبه
قال شريح وقتاده وجماعه غيرهم وقال الحسن وعطا يجوز
بيعه عند الحاجه اليه وقال الشافعي وابن حنبل واسحق
وداود يجوز بيعه وهبته وصدقته عند الحاجه وغيرها واذا
مات مولاه عتق من ثلث ماله وان كان عليه دين يستغرق جميع
قيمته ولا يباع في الدين عند الجمهور وعند ملك يباع في الدين
في حال حياه سيده وبعد موته وقال عبد الله بن مسعود
ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير انه يعتق من راس المال قال
القاضي عياض في اكمال المعلم وهو قول الليث بن سعد وزفر
احتج من قال بعدم لزوم التدبير بما رواه ابو الزبير محمد بن
مسلم بن تدرس المكي عن جابر بن عبد الله ان رجلا من الانصار يقال

له مذكور اعتق غلاما له يقال له يعقوب عن دبر لم يكن له مال غيره
فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه فاشتراه
نعيم بن عبد الله بن النحام بثمانمايه درهم فدفعها اليه الحديث
اخرجه مسلم وابو داود والنساي قال القاضي عياض والمنذري
صوابه سقوط ابن لان نعيم بن عبد الله هو النحام لا ابوه سمي بذلك
لسعله كانت به وقال ابن قدامه في المغني متفق عليه وهو
غلط منه وانما هو من مفردات مسلم من روايه عن ابي الزبير عن
جابر وهو مدلس مشهور قال ابن حزم وغيره والمدلس
متى قال عن فلان لا يحتج به وعن عطا بن ابي رباح عن جابر بن عبد الله
ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فامر به
النبي عليه السلام فبيع بسبعمايه او تسعمايه رواه البخاري
ومسلم وابو داود والنساي وابن ماجه ولنا روايه ابن
عمر وابي سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المدبر لا
يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الحافظ ابو جعفر
الطحاوي وابو الحسن الكرخي وابو بكر الرازي وابو الوليد بن رشد
المالكي في المقدمات وغيرهم من الايمه وروى ابو الوليد الباجي
ان عمر رضي الله عنه رد بيع المدبره في ملا خير القرون وهم حضور
متوافرون وهو اجماع منهم ان بيع المدبر لا يجوز قال ويدل
على ان التدبير ليس بوصيه ان الرجوع فيه بالقول لا يجوز قلت
وقد جوزه ابو ثور بالقول وهو ضعيف وفي المنهاج لو رجع
عنه بالقول كابطلته او فسخته او نقضته او رجعت فيه صح

ان قلنا وصية وان قلنا تعليق بصفة وهو الاظهر لا يصح الرجوع بالقول وفي المقدمات لا يرجع فيه عند مالك واصحابه بقول ولا فعل كقول اصحابنا وعند الشافعي وابن حنبل يرجع فيه وهو وصية عما يخرجه عن ملكه كالبيع والهبة والصدقة ولا يكون قوله رجعت فيه رجوعا وفي المغني ظاهر كلام الخرقي انه لا يباع الا في الدين وقد اوما اليه احمد ولا يباع المدبر عنده في الدين ويباع المدبر ولا نعرف هذا الفرق عن احد قبله ولا بعده وقد باعت عايشة مدبرة سحرتها وهو خلاف ما تعلقوا به من الاحاديث ولو باع المدبر ثم اشتراه عاد التدبير عند ابن حنبل وعند الشافعي لا يعود على المذهب ثم ان الحنابلة قالوا التدبير وصية يجوز فيه الرجوع ولو اوصى بعبد ثم باعه بطلت الوصية وهو تناقض ويدل على انه ليس بوصية انه لو قال رجعت في تدبيري او ابطلته لم يبطل والصحيح ان ابطاله بالرجوع عنه لا يصح وقال ابن العربي المالكي لا يجوز بيع المدبر والرجوع فيه لانه علق عتقه على صفة لا بد منها وهو موته كما لو قال انت حر اذا جا راس الشهر او العام لانه قد انعقد هذا القول صحيحا وقد تحقق اقبال الشهر او العام ضرورة فلا يجوز ابطاله ببيع ولا بوجه من وجوه التفويت وهذا ظاهر جدا لكل منصف وهو تخليط منه وبيعه جايز عند الايمة الثلاثة واصحابهم فيما اذا قال انت حر اذا جا راس الشهر او راس العام او قال انت حر غدا يجوز بيعه قبل ذلك الوقت ويبطل ايضا بما لو قال انت حر بعد موت فلان قال ويباع في الدين السابق

كالمنجز العتق عندهم اذا سبقه دين لان نفاذ عتقه يبطل حقوق الغرما وليس بعد هذا التحقيق مقال ولا مجال قلت هذا تخليط لا تحقيق فيه فان عتق من عليه الدين في صحته غير ممنوع عندنا وبه قال الشافعي وابن حنبل وحديث جابر حكاية فعل او حكاية حال لا عموم لها وانما كان يعارض ما ذكرناه ان لو كان قال بيع المدبر جايز ولان المدبر نوعان مقيد ومطلق فيحمل على المقيد وهو جايز بالاتفاق ولان الامام لا يلي بيع اموال الناس وهو متروك الظاهر وقد روي عنه عليه السلام انه باع خدمة المدبر وهي رواية جابر ذكره ابو الوليد المالكي مع اصحابنا وانما تجوز الراوي في اللفظ والاجارة بيع المنفعة وهي نوع من البيوع وفي المبسوط عن ابي جعفر محمد الباقر بن علي زين العابدين انه عليه السلام انما باع خدمة المدبر لا رقبته والاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة كما رواه جابر ويحتمل انه كان في وقت كان فيه بيع المدبر جايزا كما كان فيه بيع الحر جايزا على ما روي عنه عليه السلام انه باع رجلا يقال له سُرّق في دينه ثم نسخ بقوله تعالى فان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ ولان التدبير المطلق سبب لحريته لانها تثبت بعد موته حال زوال اهليته ولا يمكن تاخير اهليته الى زمان زوالها بخلاف التعليق بموت غيره والاضافة للغد فان اهليته موجودة عند ذلك فاذا انعقد سبب حريته امتنع بيعه كالمكاتب وام الولد وبخلاف التعليق بساير الشروط لان المانع من التسبيب قايم قبل الشرط لانه

يمين وهي للمنع ولانه وصيه والوصيه خلافه في الحال كالوراثه وابطال
السبب لا يجوز وفي جواز البيع وما يضاهيه ذلك ويويد هذا ما
ذكره خواهرزاده في مبسوطه فقال التدبير انما يصح للعبد من
حيث انه وصيه له برقبته لا من حيث انه تعليق لانه يعتق بعد
الموت والتعليق بزوال الملك لا يصح كما لو قال ان بعتك فانت
حر واذا ثبت انه وصيه فالوصيه تنعقد سببا للحال كما لو نذر
ان يتصدق بدرهم غدا جاز اداوه من اليوم لوجود سببه فاذا
انعقد سبب ملك الرقبه انعقد سبب العتق فلا يجوز فسخه بالبيع
كما لا يجوز نصا قلت يرد عليه جواز الرجوع في الوصيه
لكن قد جعلوا الوصيه بالعتق لازمه على ما تقدم في الينابيع وفي المبسوط
والمغني فيه ان الموت كاين لا محاله وهو سبب الخلافه فكان سببا
للخلافه له في رقبته في الحال والتعليق بمجي راس الشهر ليس
بموجب للخلافه والتدبير كالاستيلاد حتى كان ولد المدبره
مدبرا لوجوب حق الحريه في الحال فسري اليه كالاستيلاد
ويجوز وطي المدبره كام الولد وكرهه الزهري وقال الاوزاعي
ان لا يطاها قبل التدبير لا يطاها بعده وفي المنهاج ولدت
المدبره من نكاح او زنى لا يثبت للولد حكم التدبير على الاظهر
وضعفه السرخسي جدا وقال هذا مخالف لقول الصحابه كعثمان
وابن مسعود قال وكذا عن شريح وسعيد بن المسيب وقتاده
وجماعه وان دبر حاملا ثبت له حكم التدبير على المذهب قال
ابن قدامه حديث ابن عمر لم يصح عن النبي عليه السلام وانما هو عن

ابن عمر ثم ان الحديث الذي رووه انما كان للحاجه فان الراوي قال لم
يكن له مال غيره فيجوز الشافعي وابن حنبل بيعه من غير حاجه
لا يستفاد من الحديث ولا يستدل عليه به مع مخالفتها السلف
فالاحتياط في الدين موافقتهم وهم اخبر بذلك من المتاخرين واعلم
بمدلول الخبر وفي المغني لو قال انت حر بعد موتي بشهر او بيوم لم
يعتق لانه في ملك الوارث كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعك
فانت حر وهذا لانه اعتاق له بعد قرار الملك عليه كالمنجز في ملك
الغير قلنا قد استحق العتق بعد موت المورث من ثلث
ماله المفسوح له في اخراجه والتصرف فيه مقدما على ورثته كما لو
اوصى باعتاقه فاعتق بعد موته بسنه او اوصى به لغيره فقبل
بعد موته بشهر او بسنه ولا نسلم ان الوارث يملكه مع وجود الوصيه
به وانما يملك ما عدا الثلث بعد الوصيه بخلاف البيع فانه يزيل
ملكه فلا ينفذ وفي الذخيره لو قال انت حر بعد موتي بيوم
او قال بشهر فهذا لا يكون مدبرا وهو ايضا بعتقه لا يعتق بموت
المولى بمضي يوم او شهر ما لم يعتقه الوصي او الوارث وفي المبسوط
قال انت حر بعد موتي ان شيت لم يصر مدبرا لعدم تعليقه بمطلق
الموت فان نوى بها المشيه الساعه فشا العبد فهو حر بعد موته
لتعلقه بمطلق الموت بعدما شا فيكون مدبرا وان المشيه بعد الموت
فاذا مات المولى فشا العبد عند موته فهو حر لوجود الشرط
لا بالتدبير وكان ابو بكر الرازي يقول الصحيح ان لا يعتق ههنا ما
لم يعتقه الوارث او الوصي وهكذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده

لانه مالم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعد ذلك الا باعتاق
ويكون وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء
او قال هو حر بعد موتي بيوم هكذا ذكره ابن سماعة في نوادره ثم
في ظاهر الجواب يعتبر المشيئة بعد موت المولى في المجلس وعن
ابي يوسف انه لا يتقيد بالمجلس لان هذا في معنى الوصية ولا يشترط
في لزوم الوصية القبول في المجلس بعد الموت والفرق بين هذه
وبين تاخير العتق بعد الموت الى يوم او شهر ونحو ذلك انه لما اخر
العتق عن موته بزمان ممتد وملك الوارث يتقرر في ذلك الزمان
عرفنا ان مراده الامر باعتاقه وفي مسئلة المشيئة يتصل مشيئة
العبد بموت المولى قبل تقرر ملك الوارث فيعتق باعتاق المولى
ولا حاجة الى اعتاق الوارث اياه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
اذا قال لعبده اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه لم يعلقه
بالموت وحده وكذا او كفنت او دفنت ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق
وان غسل ما لم يعتق كقوله ان مت ودخلت الدار وفي الاستحسان
يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل تقرر ملك الوارث في العادة
فهو نظير تعليقه بموته بصفة بخلاف دخول الدار لانه لا يتصل
بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه وذلك في اختلاف زفر ويعقوب
اذا قال لعبده اذا مت او قتلت فانت حر عند زفر يكون مدبرا
لان عتقه تعلق بمطلق الموت حتى يعتق اذا مات على اي وجه
كان وعلى قياس قول ابي يوسف لا يكون مدبرا لانه علق عتقه
باحد الشيئين الموت او القتل فلم يكن عزيمة في احدهما فلا يصير

مدبرا انتهى كلام صاحب المبسوط وللمولى ان يستخدمه ويؤجره
وان كانت مدبرة وطئها وله ان يزوجها فاذا مات المولى عتق من
ثلث ماله اذا لم يكن عليه دين وسعى في ثلثي قيمته للورثة وفي جميعها
لصاحب الدين وقد عرف وولد المدبرة مدبر وقد ذكرنا
وما فيه من خلاف الشافعي **قوله** وان علق
التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او في
سفري او مرض كذا او قال ان غرقت او قتلت او غير ذلك مما
يكون الصفة على خطر الوجود فليس هذا بتدبير ويجوز بيعه بالاجماع
فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث
كالمدبر لانه ثبت له التدبير في اخر جزء من اجزاء تحقق تلك الصفة
ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف
ما لو قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب وهو
قول ملك وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف
لو قال الى مائتي سنة فهو مدبر مقيد ذكره في الينابيع وجوامع
الفقه ولو قال انت حر قبل موتي بشهر فليس بمدبر فاذا
مضى شهر قبل موته صار مدبرا عند ابي حنيفة وزفر وقال
ابو يوسف ومحمد لا يصير مدبرا وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا
باعتاق الوارث او الوصي فالوارث يملك اعتاقه تنجيزا وتعليقا
والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته يعتق عن الميت
دون الكفارة والولد يصير مدبرا في المطلق دون المقيد ولو دبر
وارث المرتد بعد لحوقه ثم جاء مسلما اخذ مدبرا ولو دبره هو ولحق

بدار الحرب وباعه الوارث ثم رجع مسلما فاشتراه فهو مدبر
وفي المغني لو دبر الحامل يتدبر حملها معها بلا خلاف كما لو
اعتقها وان حملت بعد التدبير فكذلك في قول اكثر اهل العلم
روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه يقول سعيد بن المسيب
والبصري والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز
والزهري والثوري والحسن بن صالح وملك وابن حنبل كقول
اصحابنا وعن جابر بن زيد وعطا لا يتبعها ولدها ولا يعتق بموته
وللشافعي قولان كالمذهبين وهو رواية عن ابن حنبل واختاره
المزني ولنا ما روي عن عمر وابنه وجابر انهم قالوا ولد
المدبرة مدبر بمنزلتها ولم يعرف في الصحابة مخالف فكان اجماعا
وهكذا ذكره السرخسي انه اجماع الصحابة فيرد قول المخالف فصار
كولد ام الولد فعلى هذا ان بطل التدبير بوجه من الوجوه على
قول من يرى ذلك لا يبطل في ولدها واما ولدها الموجود
المنفصل عنها فلا يدخل معها في التدبير بلا خلاف الا ما حكاه
ابو الخطاب رواية عن احمد وانكروها وفي الاسبيجابي اذا قتلت
المدبرة سيدها عتقت لوجود الموت وسعت للورثة في جميع
قيمتها لبطلان وصيتها بالقتل هذا في الخطا وفي العمد تقتل به
ولد ام الولد يسعى في الخطا

باب الاستيلاد

قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد
له لا يجوز بيعها ولا تمليكها وكذا لا يجوز رهنها وبه قال الشعبي
والنخعي ومجاهد وعطا والحسن وسالم بن عبد الله ويحيى بن سعيد

الانصاري والزهري وابو الزناد وربيعة بن ابي عبد الرحمن والاوزاعي
والحسن بن حي وابن شبرمة والثوري وملك والشافعي وابو عبيد
واحمد واسحق بن راهويه ذكر ذلك في المحلى واختاره وقال
ابو بكر الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن
ثابت بجواز بيعها ذكر ذلك في المحلى قال وبه يقول ابو سليمان
وابو بكر وجماعة من الظاهرية وقول ثالث عن عمر بن الخطاب
انها ان عفت واسلمت عتقت وان كفرت وفجرت ارقت وروي
مثله عن عمر بن عبد العزيز وقول رابع توقف ابو الحسن بن
المغلس وبعض الظاهرية وفيه قول خامس يعتق من نصيب ولدها
روي ذلك عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس ذكره في المغني
وفيه قول سادس قاله ربيعة الراي تعجل عتق ام الولد استدل
من جوز بيعها بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه انه قال بعنا
امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما
كان عمر نهانا عن ذلك فانتهينا رواه ابو داود وفي النسائي وابن
ماجه قال جابر كنا نبيع سرارينا وامهات اولادنا والنبي عليه
السلام فينا حي لا نرى بذلك باسا قال ابو محمد هو في غاية
الصحة وقال الخطابي ليس اسناده بذاك وكان ابو بكر الصديق
رضي الله عنه يبيع امهات الاولاد في امارته وعمر رضي الله عنه في
نصف امارته وعن زيد بن وهب قال انطلقت الى عمر بن الخطاب اساله
عن ام الولد قال ملكك ان شئت بعت وان شئت وهبت وقال
ابن عباس لا يعتق ام الولد الا بلفظ سيدها بعتقها ذكره ابن حزم في

المحلى وللجمهور وحديث سلامة بنت معقل امراة من خارجة قيس عيلان قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن ثم هلك فقالت امراته الان والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امراة من خارجة قيس عيلان قدم عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فقالت امراته الان والله تباعين في دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني اعوضكم منها فقالت اعتقوني فقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم غلاما رواه ابو داود وفي رواية احمد لا تبيعوها واعتقوها اي خلوا سبيلها وفي اسناده محمد بن اسحق بن يسار صاحب المغازي وحديثه حسن وذكر البيهقي انه احسن شيء يروى فيه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل ولدت منه فهي معتقة عن دبر منه رواه احمد وابن ماجه من رواية حسين بن عبد الله بن عبد الله بن عباس وتكلموا فيه قال يحيى بن معين في رواية يكتب حديثه ليس به بأس قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط هو حديث مشهور قلت المشهور عند الفقها ما تلقته الامة بالقبول وهذا بهذه المثابة ولا ينظرون الى سنده وقال عليه السلام

في مارية القبطية ام ابرهيم اعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطني من رواية حسين المذكور قال ابو محمد علي بن حزم جيد السند رجاله كلهم ثقات قلت قال علي بن المديني تركت حديثه وقال السعدي لا تشتغل بحديثه وقال النسائي متروك الحديث وقال يحيى ضعيف وقال مرة لا باس به يكتب حديثه وذكره ابو الفرج في الضعفا والمتروكين قال ابو سليمان الخطابي قد ثبت انه عليه السلام قال انا معشر الانبيا لا نورث ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مالا لبيعت وصار ثمنها صدقة وعن النبي عليه السلام انه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق بينهم وعن عمر بن الخطاب ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها وهو يستمتع منها ما عاش فاذا مات فهي حرة رواه مالك في الموطا والدارقطني ومن قوله اصح وعن عبيدة السلماني قال خطب علي رضي الله عنه الناس على المنبر فقال شاورني عمر في امهات الاولاد فرايت انا وعمر اعتاقهن فقضى عمر ايام حياته وعثمان زمن حياته فلما وليت رايت ان ارقهن فقال عبيدة فراي علي وعمر في الجماعة احب من راي علي وحده رواه سعيد بن منصور قال ابن حزم فيكون اشتهارا اعظم وانتشارا اكثر من حكم عمر في خلافته وعثمان جميع خلافته في امر فاش عام ظاهر وعلي موافقهما على ذلك وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا يصح عنه

لعله والاصح عن ابن عمر عن عمر

عليه السلام والاصح عن ابن عمر وروى عن علي وابن عباس وابن الزبير الرجوع الى قول الجماعه ذكره ابن قدامه في المغني وقال ابن حزم لا حجة في حديث جابر لانه ليس فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم بذلك واقرهم وكان يلزم من يرى قول ابي سعيد الخدري كنا نخرج ورسول الله صلى الله عليه وسلم حي صدقه الفطر صاعا من طعام صاعا من شعير صاعا من تمر صاعا من اقط صاعا من زبيب مسندا حجه ان يرى قول جابر حجه والا فهو متلاعب واعترض علينا ان راويه ابن عباس وقد عمل بخلاف روايته فلا يبقى حجه عند الحنفيه على اصلهم وجعل ذلك قادحا في الاصل المنقول عنا وجهل ان ذلك ثبت من عمر حديث ابن عباس وقد ذكرنا رجوعه الى قول الجماعة وهو كثير التشنيع والتخليط وقال المنذري وحديث جابر يحتمل ان يكون ذلك في زمانه ولم يشعر به وانما يكون فعلهم حجه اذا علم به رسول الله صلى الله عليه وسلم واقرهم عليه وبيعهن بيع نادرا ويحتمل ان يكون ذلك مباحا ثم نهى عليه السلام عنه ولم يعلم به ابو بكر لقصر خلافته واشتغاله بامور الدين ومحاربه اهل الرده ثم نهى عنه عمر لما بلغه نهيه عليه السلام فانتهوا عنه وهو مثل حديث جابر في المتعه قال كنا نستمتع بالقبضه من التمر والدقيق الايام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى نهانا عنه عمر رضي الله عنه رواه مسلم وفي النهايه عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنه ولا نرى بها باسا حتى اخبرنا رافع بن خديج انه عليه السلام نهى عن المخابره فتركناها واجاب الشافعي في كتبه الجديد في خمسه عشر موضعا بمنع بيع ام الولد وقيس عيلان ويقال ابن عيلان بن مضر واسمه الناس بالنون وهو اخو الياس بالياء قيل سمي قيس عيلان بفرس كان له وقيل بغلام وقيل برجل كان يحضنه وقيل بكلب وفي اصول الفقه للسرخسي قول علي رضي الله عنه ثم رايت ان ارقهن يعني لا يعتقن بموت السيد حتى يعتقهن الوارث او الوصي ولا دلالة له على جواز بيعهن وقد قال اتفق رايي وراي عمر على ان امهات الاولاد لا يبعن وفي المحيط واصول الفقه للبزدوي والميزان للعالم لو قضى بجواز بيع امهات الاولاد ينفذ عند ابي حنيفه خلافا لهما وفي الذخيره الاجماع المتاخر يرفع الخلاف المتقدم فلم يبق المسله مختلفا فيها وبعضهم يقول لا يرفع فيبقى مختلفا فيها وقيل الاول قول محمد انه يرفع الخلاف المتقدم وعلى قول ابي حنيفه وابي يوسف لا يرفع واليه مال شمس الايمة الحلواني وبه قال بعضهم وقال بعضهم لا خلاف بين اصحابنا انه يرفع والى هذا مال شمس الايمة السرخسي وانما ينفذ قضا القاضي في بيع امهات الاولاد ما مضا قاض اخر على قول هذا القايل عند علماينا لا لان المسلة مختلف فيها بين علماينا بل لان بعض العلما يخالف علمانا في انعقاد الاجماع من المتاخرين مع الاختلاف في الصدر الاول فينفذ القضا بشبهه خلاف غيرهم لهم في انعقاد هذا لا لمكان الاختلاف بين علماينا وذكر الكرخي عن ابي حنيفه ان قضا القاضي ببيع ام الولد لا ينقض قال بعضهم هذا دليل على ان ابا حنيفه جعل الاختلاف في الصدر الاول مانعا من انعقاد الاجماع المتاخر

وقال بعضهم لا بل لان هذا الاجماع مجتهد فيه وفي الحواشي
اعتقها ولدها اي اثبت فيها حق العتق بدليل قوله فهي معتقة عن
دبر منه ولان الجزئيه قد حصلت بين الواطئ والموطوءه بواسطه
الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التميز بينهما واليه اشار
عمر رضي الله عنه بقوله وقد اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم
بدمائهن بحكم ان الولد صار منسوبا اليهما وحصل الاتحاد بينهما
لان الولد صار مضافا اليهما على سبيل الكمال والاتحاد والجزئيه
كل واحد منهما يوجب الحريه فلما كانت الجزئيه والاتحاد حكميه غير
حقيقيه اوجب ذلك حق الحريه وقال ابن حزم الانسان
خلقه الله تعالى من مني ابيه وامه فصح انه بعضها وبعض ابيه
وخالف في المسئله شيخه داود الظاهري وحكي ان ابا سعيد احمد بن
الحسين البردعي من كبار اصحابنا لما دخل بغداد حضر درس داود
الاصبهاني الظاهري هذا فناظره في منع بيع ام الولد فقال داود
اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك
لان الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره فعارضه ابو سعيد
وقال قد زالت تلك الحاله بالاتفاق وامتنع بيعها لما حملت ولد
سيدها والاصل في كل ثابت وهو حرمة بيعها اجماعا دوامه
واستمراره فانقطع الظاهري ولم يجد له جوابا واستحسنوا هذه
المناظره اصحاب المذاهب الاربعه ذكرها ابو الوليد ابن رشد في
المقدمات وابو بكر ابن العربي في العارضه وشمس الايمه السرخسي
ويمكن الظاهري ان يجيب بان بيعها حاملا يستلزم بيع ولدها وهو

حر ولا كذلك قبله ويجاب بذكر الجابر من الحريه والبعضيه
الذي تقدم وناظر ابو سعيد المذكور ايضا قاضي القضاه ابا خازم
عبد الحميد بن عبد العزيز العراقي الحنفي قاضي المعتضد في توريث
ذوي الارحام وكان قاضي القضاه يرى ان اتفاق الخلفا الاربعه اجماع
يوجب العلم لما ثبت من قوله عليه السلام عليكم بسنتي وسنة
الخلفا الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ ولم
يعتبر خلاف زيد بن ثابت في منع ذوي الارحام لمخالفه الاجماع عنده
وامر المعتضد برد الاموال التي اجتمعت في بيت المال مما اخذ من
تركات فيها ذووا الارحام فانكر عليه ابو سعيد البردعي وقال
هذا شي امضي على قول زيد فقال ابو خازم لا اعتد بخلاف زيد
في مقابله قول الخلفا الراشدين وقد قضيت بذلك فليس لاحد ان
يبطله بعدي وذكر السرخسي انه امر المعتصم والظاهر انه غلط
من الكاتب فانه لم يكن في ايام المعتصم وقال قاضي القضاه تقي الدين
ابن دقيق العيد رحمه الله جاني الاسلام قاضيان من اصحابكم لم يكن لهما
نظير في الدين القاضي بكار بن قتيبه البكراوي المصري قاضي مصر
توفي سنه سبعين ومائتين وسنه تسع وثمانون سنه والقاضي
ابو خازم المذكور قاضي القضاه ببغداد اعلم انه لا خلاف
في اباحة التسري ووطي الاماء وقد كانت ماريه ام ابرهيم عليه السلام
ام ولد وكانت هاجر ام اسماعيل سريه لابرهيم الخليل عليه السلام
وذكر ابن الجوزي في المنتظم ان طوج بن قندوري جد الترك كان
ابرهيم الخليل من سريته قندورا وكانت لعمر امهات اولاد وكذا

لعلي وعلي بن الحسين زين العابدين والقسم بن محمد وسالم بن عبد الله من امهات الاولاد ويروى ان الناس لم يرغبوا في الاماء حتى ولد هولاء الثلثة وروى سالم بن عبد الله ان عبد الله بن رواحة كانت له جارية وكانت امراته ترصده فخلا البيت فواقعها فقالت له امراته افعلته فقال ما فعلت قالت اذن فاقرا فقال

شهدت بان وعد الله حق وان النار مثوى للكافرينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمين •
وتحمله ملائكة شداد ملائكة الاله مسومينا

فقالت اما اذ قرات فاذهب ويروى انها قالت صدق الله وكذبت عيناي فاتى رسول الله واخبره قال فلقد رايته يضحك حتى بدت نواجذه ويقول هيه كيف قلت فاكرره عليه فيضحك قال وبقاء الحرية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها وكذا لو كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزا فيملك نصيب شريكه بالقيمة موسرا كان او معسرا اذ لم يمنع من ذلك مانع لانه ضمان تملك لا ضمان افساد وقد تقدم ذلك غير مرة قوله وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها وهو قول الجمهور وقال مالك لا يملك اجارتها ولا تزويجها كالبيع وهو ضعيف وله كسبها واعتاقها وكتابتها لان الملك في ام الولد قايم حتى لو قال كل مملوك لي حر عتقت ويصح اعتاقها وكتابتها ويحل وطيها فاشبهت المدبرة

ولا يثبت نسب الامة قبل ان تصير ام ولد الا باعترافه به وان اعترف بوطيها عندنا وهو قول الحسن البصري والشعبي والثوري ويروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت مع العزل وعند الايمة الثلثة يثبت نسب ولدها اذا اعترف بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد وطيها بحيضة وهو ضعيف لانهم زعموا انها بالوطي صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزمه الولد وان استبراها مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبرا بالحيضة ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ذكره في الجواهر ومثله عن ابن حنبل وهو وجه للشافعية وضعفوه وروى الحافظ ابو جعفر الطحاوي باسناده عن عكرمة عن ابن عباس انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه وعن زيد بن ثابت انه كان يطا جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وقال انما كنت استطيب نفسك ولا اريدك وعنه انه قال لها ممن حملت قالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطيها فهو حجة عليهم وفي النهاية المالكي اذا اعترف بوطي جاريته ثم ادعى الاستبرا بعد الوطي فاتت بولد لا يلحقه ما لم يستلحقه ولو وطيها مالكها او غيره بشبهة فلما طهرت وطيها اخر بشبهة فجاءت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما يجعل من الثاني بغير قول

قايف ولم يعتبر الشبه ولو وطيها زوج بنكاح فحاضت ثم وطيها
اخر بشبهه فاتت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما يرى القايف
ولا يعتبر الاستبرا بالحيضه في النكاح والمعتبر في الزوج مجرد الامكان
والحيضه لا يمنع من ذلك فلم يكن وطي الامة مع الحيضة معتبرا
ولم يجعل الامة الموطوءة فراشا مع الحيضة وفي النكاح اكتفى بمجرد
الامكان من غير وطي ولم يجعل الاستبرا قاطعا لفراش النكاح
فدل على ضعف من جعل الامة فراشا بالوطي فلا يثبت نسب
ولدها الا باستلحاقه لعدم الفراش المعتبر وقول الشافعي لما ثبت
النسب بالعقد مع الامكان فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضا اولى
على ما حكاه عنه صاحب الكتاب ضعيف لانه لو زعم انه استبراها
بعد الوطي لا يثبت نسبه وفي النكاح يثبت من غير وطي فبطل اعتباره
بالنكاح ولان وطي الامة يقصد به قضا الشهوة دون الولد كالاستخدام
لوجود المانع منه من فوات مصلحة بيعها وافساد ماليتها والناس
يكرهون اولاد الاما فلا بد من التزامه بالدعوه بمنزله ملك اليمين
من غير وطي بخلاف النكاح لان المقصود به الولد ولهذا لا ينفرد بالعزل
وفي امته ينفرد به لان وطيها قضا الشهوه دون الولد وتايد مذهبنا
بقول الصحابه والتابعين الذين ذكرتهم انفا فان جاءت بولد بعد
ذلك ثبت نسبه بغير اقرار اذا اعترف بالولد الاول لانها صارت
فراشا بالولد ومقصودة للولد كالمعقود عليها الا انه ينتفي بنفيه
وولد النكاح لا ينتفي الا باللعان لتاكد الفراش ولهذا لا يملك ابطاله
بالتزويج ويملك نقل فراش ام الولد بالتزويج فكان ضعيفا هذا اذا

كان يحل وطيها بعد الولد الاول وان لم يحل لا يثبت نسبه الا
باستلحاقه كما لو وطيها ابو سيدها او ابنه او وطي هو امها او
بنتها او حرمت عليه برضاع او كتابه ذكره في المحيط والينابيع وغيرهما
ولو اعتقها يثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق
وكذا الموت لانها معتده ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحريه
بدليل انه لا يملك نقله الى غيره بالتزويج فالتحق بفراش المنكوحة
في القوه ولو حرمت عليه بالحيض والنفاس او الصوم او الاحرام
يثبت نسبه بالسكوت لان المحل لم يحرم وانما حرم الفعل فيه
قال والذي ذكرناه في الحكم واما في الديانه فان وطيها
وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يدعيه لان الظاهر ان الولد
منه وفي المبسوط وروي عن ابي حنيفه انه لو لم يعزل عنها وحصنها
فعليه ان يدعيه وليس له نفيه فيما بينه وبين الله فاما اذا عزل
عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه وفي الكتاب وان عزل عنها ولم يحصنها
وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد قال ذكرناهما في كفاية
المنتهي وهما عن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك
حتى جات بولد فعليه ان يدعيه سوا عزل عنها او لا حصنها او لم
يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وعن محمد انه لا
ينبغي له ان يدعي نسبه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق
الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب
ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين هكذا في المبسوط وان
زوجها فجات بولد فهو في حكم امه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصدق

به ولا رهنه ولا تسعى لاحد وتعتق من راس ماله كامه ويجوز استخدامه
واجارته لسرايته حكم امه اليه الا انه لا يستمتع بها لو كانت امه
لانه وطئ امها وهو اجماع والنسب ثابت من الزوج لفراش النكاح
ولا يثبت من مولاها لو ادعاه لانه ثابت النسب من غيره وهي اجماعيه
واذا مات المولى عتقت من جميع ماله لا قرار وولدها في الحال
لزعمه انه ابنه وفي المبسوط لو زوج جاريته من عبده فجاءت بولد
فادعاه المولى لم يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من عبده
ويعتق الولد لملكه وامته بمنزله ام الولد تعتق بموت سيدها وفي
المحلى اذا ولدت ام الولد اولادا من زنا او غيره من غير سيدها
فهم بمنزلتها اذا عتقت عتقوا وقال صاحب الكتاب بحديث
سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد
وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وقد ذكرنا ما ورد فيه ولا
اصل له عن سعيد بن المسيب ولان الحاجة الى الولد اصليه فيقدم
على حق الورثه والغرما كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصيه من
زوايد الحوايج لكنها لازمه قوله واذا اسلمت ام
ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وتكون بمنزلة المكاتب
لا تعتق حتى تودي السعايه او بموت سيدها وقال زفر
تعتق في الحال والسعايه دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض
على مالكها الاسلام فابى فان اسلم بقي على حالها وفي المغني اذا
اسلمت ام ولد النصراني منع من وطيها والاستمتاع بها ويحال بينهما
ولا يمكن من الخلوه بها واجبر على نفقتها فان اسلم حلت له وان مات

قبل اسلامه او بعده عتقت بموته وهو قول الشافعي وقال مالك
والظاهريه تعتق في الحال لانه لا سبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملك
الكافر على المسلمه وقال الاوزاعي تعتق نصفها وتسعى في نصفها
ذكره في الحاوي وعن احمد بن حنبل في روايه اخرى تستسعى في قيمتها
فان ادت عتقت كما قلنا اذ فيه جمع بين الحقين والمصلحتين وهو اولى
من الزام نفقتها الى الممات بلا عوض ولا منفعة واعتباره بالعبد القن
اذا اسلم وهو قياس فاسد فان اخراج العبد من ملكه ممكن بالبيع بخلاف
ام الولد وهي تجتهد في السعايه لتنال شرف الحريه عاجلا قال ومالية
ام الولد يعتقدها الذمي قلت وكذا المسلمون كافة الا ابا حنيفه
رضي الله عنه ويجوز كتابه ام الولد لتعجيل عتقها قبل موت سيدها
وكذا كتابه المدبر ولانها ان لم تكن متقومه فهي محترمه وهو يكفي
في وجوب الضمان كالقصاص فانه لو عفا احد الاوليا يجب المال
للباقين وهو غير متقوم في حق من عليه حتى لو عفا المريض مرض الموت
عن قصاصه يعتبر من راس ماله فان عجزت لا ترد قنا اذ لو ردت
فيه اعيدت مكاتبه لقيام الموجب لاعادتها ومن استولد امة غيره
بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وبه قال الحسن بن ابي الحسن
البصري وهو روايه ابن ابي موسى عن ابن حنبل وفي الجواهر
لا تصير ام ولد له وكذا لو وطيها بشبهه او ولدت ولدا حرا بغرور
ثم اشتراها ولو اشترى زوجته وهي حامل فولدت عنده تصير
ام ولد له بذلك على الروايه المشهوره وهو قول ابن حنبل وعن بعض
الحنابله ان وطيها في ابتدا الحمل بالملك تصير ام ولد وقالوا ان الوطي

يزيد فى سبع الحمل يصير ويرجع فى ذلك الى اقوال الطبايعيه وفى المغنى
الزيادة فى الولد غير متيقنه فلا تثبت بالشك ولو ثبتت لا تثبت
هذا الحكم بدليل انه لو ملكها وهى حامل من الزنا او من غيره فوطيها
لم تصر ام ولد وان زاد وما اعلم كيف الحقوا بالطبايعيه ولو سلم ذلك
ولم يكن له فيها عند العلوق ملك فقد علق الولد رقيقا وهو مانع
من جعلها ام ولد عندهم وعند الشافعى لا تصير ام ولد فى الاظهر من
غير تفصيل ذكره فى المنهاج والنكاح الفاسد كالصحيح فى ذلك
وكذا الوطى بالشبهه والغرور وفى المقدمات لو اشترى
زوجته وهى حامل تصير ام ولد له لان الولد عتق وهو فى بطنها
وهو مذهب ابن القاسم واكثر اصحابه ومنهم من قال لا تصير ام ولد
لان الرق مسه فى بطن امه وهو مذهب اشهب وفى المنبه وولد
المغرور وفى الجاريه اذا ملكها قولان وكذا لو استولد جاريه ابنه فيها
قولان علل صاحب الكتاب للشافعى بانها علقت برقيق فلا تصير بعده
بالملك ام ولد له كما لو علقت به من الزنا ثم ملكها الزانى ولان امومية
الولد باعتبار علوقه حر الاصل لانه جزء الام والجزء لا يخالف الكل
قلنا المخالفه بين الجزء والكل ثابته لان الولد علق حر
الاصل ولم يمسه رق وام الولد رقها مستمر حتى بموت سيدها
فقد خالف الجزء الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما
تقدم والجزئيه ثبتت بينهما بنسبة الولد اليهما كملا وقد ثبت
النسب فتثبت الجزئيه بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما
بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزانى حتى لو ادعى غيره نسبه

يثبت منه بخلاف المنفى باللعان وانما يعتق عندنا اذا ملكه لانه جزؤه
حقيقه بغير واسطه واستعمال الجزء حرام نظيره من اشترى
اخاه او عمه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطه نسبته
الى الجد او الوالد وهى غير ثابته يعنى نظير ام الولد من الزنا الاخ
من الزنا فانه لو ملكه لا يعتق عليه لا انتسابه اليه بواسطه
ابيه وهى غير ثابته فكذا ام الولد نسبتها الى الوالد باعتبار نسبه
المولود اليه وهى غير ثابته لكن يرد على هذا التعليل ما لو زوج امته
من عبده فولدت ولدا فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه
ثابت النسب من عبده لكنه يعتق عليه وتصير امه ام ولد له وان
كانت النسبة منتفيه واجاب فى المبسوط عن هذا
السوال فقال هى فى ملكه ويحتمل وطيها بالشبهه فى نكاحه
او قبل تزوجها اياه ولم يعتبر هذا الاحتمال فى حق النسب
لاستغنائه عنه واعتبر فى حقها لحاجتها الى اموميه الولد
لتعتق بموته ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشترى
الكل تصير ام ولد ويعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه ولا
ولا يكون بمنزله امه خلافا لزفر ذكره فى المبسوط والجامع
بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فانه فى حكم امه وقال عمر بن
عبد العزيز اولاد ام الولد عبيد وفى التلخيص لابى العباس بن
القاص لا تباع ام الولد الا فى ثلث مسايل احداها ان يطاها
وهى مرهونه بغير اذن المرتهن فتلد منه ولا مال له غيرها فتباع
لحق المرتهن ثم متى عادت صارت ام ولد والثانيه اذا وطيها

بعد ما جنت فولدت منه وليس له مال غيرها فانها تباع بحق المجني
عليه وهي ام ولد له متى عادت الى ملكه والثالثه ام ولد المكاتب
يجوز بيعها قوله واذا وطي جاريه ابنه فجاءت بولد
فادعاه ثبت نسبه منه وتصير ام ولد للاب وعليه قيمتها
وليس عليه عقرها ولا قيمه ولدها وقد تقدمت المسله بفروعها
ودلايلها وعند مالك يملكها بالقيمه حملت منه او لم تحمل ذكره
في المقدمات وفي المغني لو وطي جاريه ولده فان كان
قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطيها فقد ملكها الوالد بذلك
وان كان وطيها قبل تملكها درا عنه الحد ويعزر لانه وطي جاريه
الغير وطيا محرما كوطي الجاريه المشتركه فان علقت منه فالولد
حر ولا يلزمه قيمته ولا يلزمه قيمتها ولا مهرها وعند ما يلزمه
قيمتها ولا يلزمه مهرها لانه ملكها قبيل الوطي بالقيمه وللشافعي
قولان احدهما تصير ام ولد ويلزمه قيمتها ومهرها والاخر لا تصير
ام ولد ويلزمه مهرها دون قيمتها لانه لم يتملكها ولما تملكها صارت
جاريته فلا يلزمه قيمتها ولا مهرها كولدها هذا مذهب ابن حنبل
وان وطي ابو الاب جاريه حافده مع بقا ابي الحافد لم يثبت نسبه
لانه لا ولايه للجد مع وجود الاب ويشترط ان يكون الولايه اليه
عند العلوق والدعوى وما بينهما ذكره في الجامع فان كان الاب
ميتا ثبت النسب من الجد لظهور ولايته عند فقد الاب وال
وكفر الاب ورقه بمنزله موته لعدم ولايته وان كان مرتدا فدعوه
الجد موقوفه عند ابي حنيفه وعندهما باطله وان ادعاه الاب

وهو مرتد فهي موقوفه عند ابي حنيفه وعندهما صحيحه وهي فرع
تصرفات المرتد بالدعوه يملكها بقيمتها فكانت مبادله وهي موقوفه
من المرتد عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان
تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا وان لم يتوقف في
مال نفسه لكنها تضمن التصرف في مال نفسه فلا يتوقف لا سيما
والنسب يحتاط في اثباته فينفذ ولم يتوقف ولو كان الاب معتوها
فادعى الجد صحت ولو ادعى المعتوه بعد افاقته وقد جات به
لاقل من سته اشهر من افاقته القياس ان لا يصح لانعدام الولايه
للاقرب عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العته لا يبطل
الحق والولايه بل يعجزه عن العمل بحق ونظيره اذا غاب الاقرب تثبت
ولايه الانكاح للابعد مع بقايها للاقرب ولا يصح استيلاد مدبره
الابن ولا ام ولده لانهما لا يتملكان بالقيمه وان جات به لاقل من
سته اشهر من وقت الوطي لا يثبت نسبه منه لان العلوق كان
في زمن لا ولايه للجد في الاستيلاد وفي المنافع يشترط ان يكون
الجاريه في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوه وان يكون
الاب صاحب ولايه بان لا يكون كافرا ثم اسلم ولا عبدا ثم عتق كما
قلنا في الجد واذا كانت الجاريه بين شريكين فجات بولد فادعاه
احدهما ثبت نسبه منه لان وطيه صادف ملكه في النصف
وهو كاف لصحة استيلاده وصارت ام ولد له اما عندهما فلانها
لا تتجزا كالاعتاق ويعتبر العتق المؤجل بالمعجل وعنده اذا امكن
تمليكه يكمل وقد امكن لانه قابل للانتقال من ملك الى ملك ويضمن

نصف قيمتها موسرًا كان او معسرًا لانه ضمان تملك على ما عرف
ونصف عقرها لان وطيه في نصيب شريكه صادف ملك الغير
والاب لا يضمن العقر في جارية الابن اذا استولدها لانه يملك
ايضا قبيل الوطي فيكون قد صادف ملك نفسه وهنا لاضروره
الى تقديم ملك الشريك لانه ملكه كاف لصحة الاستيلاد ولا يغرم
قيمة ولدها في المسلتين لان الولد علق حر الاصل اذ النسب
يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يعلق شي منه رقيقا
ولان ضمان الولد يدخل في ضمان الام كما لو اعتق جاريه مشتركه
وهي حامل لا يضمن قيمة الولد ولا اشكال في ولد الاب فانه قد
ملك الام قبيل الوطي فليس للابن شبهه في اخيه ولو كان ملكه
لعتق عليه مجانا والعقر يستعمل في الاما قيل اذا كانت بكرا يجب
عشر قيمتها واذا كانت ثيبا نصف عشر قيمتها ذكره السرخسي
في الاصل وفي الحراير يسمى مهر المثل وفي المبسوط البكري انه
نظر الى هذه المراه بكم كانت تستاجر على الزنا لو جاز الاستيجار
عليه فالقدر الذي يستاجر به على الزنا يجعل عقرها ولا يجب الحد
بوطي الجاريه المشتركه عند العامه واوجبه ابو ثور لانه
وطي محرم لاجل ملك غيره قلنا وطيه صادف ملك نفسه
فلم يجب به حد كما لو سرق ثوبا نصفه له فانه لا يقطع ولا خلاف في
انه يعزر قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه
منهما اذا حملت في ملكهما قال عياض في الاكمال وهو قول الثوري
واسحق بن راهويه وقال الشافعي وابن حنبل يعمل فيه بقول القافه

وهو قول مالك في الاما دون الحراير استدل الشافعي وابن
حنبل بحديث عايشه رضي الله عنها قالت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم دخل على مسرورا تبرق اسارير وجهه فقال الم تري
ان مجززا المدلجي نظر انفا الى زيد بن حارثه واسامه بن زيد
فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض رواه الجماعه ويروى
ان هذه لاقدام بعضها من بعض ويروى ان هذه اقدام بعضها
من بعض ويروى ان بعض هذه الاقدام من بعض قال ابن
حزم لا يسر رسول الله صلى الله عليه وسلم بباطل ولا يسر الا بحق
مقطوع به قلت قوله لا يسر الا بحق مقطوع به باطل
فان قول القايف لا يفيد العلم والقطع قال امام الحرمين قول
القايف من باب الظن والتخمين وكم من حاذق يغلط ولان قول
القايف فيه قذف المحصنات ونسبه الاولاد الى غير الاباء
فلا يعول عليه وقد ذكرنا الجواب عن الحديث قال عياض
كانت القيافه في بني مدلج وبني اسد وانما قيل مجزز لانه كان
اذا اخذ اسيرا حلق لحيته ذكره الزبير بن بكار وقال غيره
جز ناصيته قال المازري كانت الجاهليه تقدح في نسب
اسامه بن زيد بن حارثه لانه كان اسود شديد السواد وكان
ابوه زيد ابيض مثل القطن قال ابو داود ابيض من القطن
وهو غلط وقال احمد بن صالح كانت الجاهليه تصغي الى قول
القافه فسر عليه السلام بذلك لكونه كافا عن الطعن في نسبه
قال المازري رجح الفراش على قول القايف والحراير لهن فراش

قلت ولذا الاماء بالوطي تصير فراشا عندهم ولا يقبل
النفي وولد النكاح يقبل النفي باللعان وكذا الامة فراش بالزوجية
كالحرة ولا فرق قال ابن حزم والعجب من ملك يحتج بخبر مجزز
ثم يخالفه ومجزز انما قاله في ابن حرة لا في ابن امة لان ام اسامة بن
زيد بن حارثة بركة وتكنى ام الظبا بنت حصن بن ثعلبة بن عمرو بن
حصن بن ملك بن سلمة بن عمرو بن النعمان تزوجت بعبيد فولدت
له ايمن وهي ام ايمن حاضنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم تزوجت
بزيد بن حارثة فولدت له اسامة وقال ابن شهاب الزهري
كانت بركة حبشية قالوا كانت للنبي عليه السلام بركة اخرى
حبشية وكانت تخدم ام حبيبة فلعلها اشتبهت على الزهري
وكان لزيد ايضا فراش فلا اعتبار لقول القايف مع الفراش فلا
يحتج المالكيون بقول مجزز ثم ان القاضي عياضا نقل عن ملك والشافعي
ان قول القايف شهادة يشترط فيه اثنان وتمسكا بقول مجزز
وحده فهو حجة عليه لكن قوله حكم عند الشافعي ويكتفى بواحد
ذكره في المنهاج فكان قول مجزز حجة عليه لان الحكم يحتاج الى مدع
ومدعى عليه ولم يوجد واحد منهما وفي النهاية لا قايف بعد
البلوغ اذا كان ابتدا الدعوة بعد البلوغ وفيه والقيافة احكام
ومعلولها التخمين وكم من حاذق يغلط وان لم يوجد قايف او وجد
وتوقف وتحير او جرى عليه غلط توقف الامر حتى يبلغ فينتسب
ولا يحار تشهيا ثم قال قال شيخي يحبس حتى يختار قلت
هذا تناقض وفي الجواهر لو وطئ الجارية البايع والمشتري

في طهر واحد فجاءت بولد فهو ابن لهما ولا يوالي احدا حكى ذلك عن سحنون
من المالكية ولو مات قبل الموالاة فهو ابن لهما وفي النهاية
لا اثر للحصنة في النكاح ولا لانكار الوطي ولا يوثر فيه قيافة ولا
انتساب ولا ينتفي الا باللعان اذا كان الوطي ممكنا بخلاف ملك
اليمين وفي الاكمال ان الحقته القافة بهما فهو ابن لهما عند سحنون
وابي ثور وملك ان مات قبل ان يوالي احدهما كما ذكره في الجواهر
قال القاضي عياض لا خلاف بين القايلين بذلك فيما قالوه
انه انما يكون ذلك فيما اشكل من الفراشين بين البايع والمشتري
يطان الجارية في طهر واحد فتاتي بولد لاكثر من ستة اشهر من
وطي الثاني ولاقل من اكثر مدة الحمل من الاول قلت هذه
صورة نادرة جدا فلا يشرع فيها قول القايف لعدم الحاجة ويكون
من الثاني كمذهبنا لانها ولدته في ملكه فهو اولى من غير المالك
فاحتجاجهم بقول مجزز حينئذ باطل لان اسامة لم يكن ولد جارية
تنازع فيه بايع ومشتر في طهر واحد وعند اسحق يقرع بينهما وهو
القديم للشافعي ذكر ذلك عياض وهو مروي عن علي رضي الله عنه
اخرجه النسائي وفي قصة العجلاني لم يعتبر عليه عليه السلام الشبه
ولا في قصة المتلاعنين التي قال فيها ان جاءت به على صفة كذا وكذا فهو
لفلان فجاءت به على النعت المكروه ولم ينقض حكمه ولا حدها ولا
ثبوت النسب بوجود الشبه ولا لعدمه انتفا النسب الا ترى
ان الرجل الذي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان امراتي ولدت
غلاما اسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال نعم

قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق فقال ان فيها لورقا
فقال فما ترى ذلك جاها قال من عرق نزعها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق نزعه رواه الجماعه ولم يرخص له
عليه السلام في نفيه لعدم الشبه ولا منعه من ادخاله على بناته
وحرمه ولا عول على انتفا الشبه بل ضرب له مثلا اعلم بدان
الشبه لا يوجب ثبوت الانساب ولا عدمه يوجب انتفاها وذكر
صاحب الكتاب وغيره في كتب الفقه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
كتب الى شريح في هذه الحادثه لتبسا فلتبس عليهما ولو بينا لبين لهما
هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من
الصحابه وفي الاشراف احتج ابو ثور بان عمر جعله ابنهما
والمشهور عن علي رضي الله عنه في مسئله القرعه لكن لم يعول على
قول القافه وقال ابن المنذر وعن ابي حنيفه اذا وطي جاريته
ولم يحصنها فهو في سعه من انكاره وقد تقدمت المسئله وانما
اعدتها لكلامه قال وهو خلاف حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ابن جاريه زمعه روته عايشه رضي الله عنها قال اختصم سعد
ابن ابي وقاص وعبد بن زمعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
سعد يا رسول الله اوصاني اخي عتبه اذا قدمت مكه ان انظر
الى ابن امه زمعه بن قيس فاقبضه الي فانه ابنه وقال عبد بن
زمعه اخي ابن امه ابي ولد على فراش ابي فراى رسول الله صلى الله عليه
وسلم شبها بينا بعتبه فقال هو لك يا عبد بن زمعه الولد
للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سوده متفق عليه وهي

زوجته عليه السلام قال وخلاف حكم عمر رضي الله عنه بين المهاجرين
والانصار وهو خطا قلت هو قول الحسن بن ابي الحسن
البصري وعامر الشعبي التابعين الجليلين الكبيرين وهما اخبر بخبر
رسول الله صلى الله عليه وسلم وبخطبة عمر من ابن المنذر وقول
عمر مضطرب ومذهبنا قول زيد بن ثابت وعبد الله بن عباس
وغيرهما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا منه تخطئه
لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والحسن والشعبي كما
ذكرنا عنهم قال المنذري كانت هذه الامه عليها ضريبه في
الجاهليه تبغي وربما ياتيها سيدها فظهر بها حمل كان يظن انه من
عتبه اخي سعد بن ابي وقاص وهلك كافرا وقوله هو لك يا عبد بن
زمعه ليس نصا في الحكم بنسبه من زمعه بل فيه ما ينفيه وهو
قوله عليه السلام لسوده زوجته عليه السلام احتجبي منه فلو
ثبت نسبه منه بالفراش بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم لما امرها
بالاحتجاب من الاخ وقد ثبت انه عليه السلام قال لعايشه ليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعه وهي احتجبت نسابه اليه لاجل
المحرميه بالرضاع وامرها بالاحتجاب من اخيها ابن ابيها لاجل
الشبه الذي لا اعتبار به في الشرع وقد ذكر المنذري انها كانت
من البغايا وابنها هذا عبد الرحمن وله عقب بالمدينه ذكر ذلك
المنذري وقوله هو لك اي في يدك لا ننزع منك وقوله الولد
للفراش ليعلم سعدا انك تدعي لاخيك وليس له فراش وانما
يثبت النسب منه لو كان صاحب فراش ولا فراش لاخيك عتبه

احتجبي لانه عليه السلام كان يامر بصلة الرحم
والتزاور من صلة الارحام فاذا جعله
اخا فكيف يامرها بالاحتجاب

فهو عاهر والعاهر له الحجر وقد تبين هذا وكشفه ما رواه الحافظ ابو جعفر
الطحاوي ان زمعه كان يطئ ان رجلا اخر يقع على جاريته فمات زمعه
وهي حبلى فولدت غلاما يشبه الرجل فيه قال لسوده اما انت
فاحتجبي منه لانه ليس لك باخ وروي هو لك عبد بحرف الندا
ذكره المنذري في مختصر لسنن ابي داود ويروى ليس لك باخ
والحديث فيه اضطراب كثير قال ولانهما استويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والنسب وان كان لا
يتجزا لكن يتعلق به احكام متجزيه كالميراث والنفقه والحضانه
والتصرف في المال واحكام غير متجزيه كالنسب وولايه الانكاح
فما يقبل التجزيه يثبت في حقهما على التجزيه وما لا يقبلها يثبت في
حق كل واحد منهما على سبيل الكمال كانه ليس معه غيره الا اذا
وجد المرجح في حق احدهما اذ المرجوح لا يعارض الراجح كما لو كان
احدهما ابا او كان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق
المسلم ولهذا اذا اسلم احد ابوي الصغير يجعل مسلما باسلامه
وكذا يترجح الاب لان له حقا في مال الابن ولا حق للابن في مال
الاب حتى لو وطي جاريه ابيه وقال ظننت انها تحل لي لا يثبت
نسبه ودعوه الحر اولى من العبد والمرتد اولى من الذمي والكتابي
اولى من المجوسي وتصير الامه ام ولدهما وعلى كل واحد منهما نصف
عقرها ويصير قصاصا بما له على الاخر وينبغي ان لا يجب شي لعدم
الفايد لعدم المطالبه به كما لو زوج امته من عبده لا يجب شي
لعدم الفايد في احدى الروايتين لان المولى لا يطالب عبده بذلك

وفي المنافع فيه فايده لانه ربما يقوم احدهما بالدراهم والاخر
بالدنانير فيدفع الدنانير ويأخذ الدراهم ولانه يجوز ان يسقط
احدهما حقه ويبقى حق الاخر فيطالبه به ويرث الابن من كل
واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد
لاستوايهما في السبب الا اذا زالت مزاحمه احدهما ثم مات الابن
لانه للباقي منهما كما ورد وفي المنافع للباقي منهما جميع ميراثه
وفي الاكمال قال عياض اختلف الآبون من القول بالقافه
في حكم ما اشكل من ذلك وتنوزع فيه فقال ابو حنيفه رضي الله
عنه يثبت منهما وكذا من المراتين وقال ابو يوسف يلحق برجلين
دون امراتين وقال محمد بن الحسن يلحق بالاباء وان كثروا ولا يلحق
الا بام واحده وكذا لو كانت الامه بين ثلثه او اربعه او خمسه
فادعوه جميعا فهو ابنهم وقال ابو يوسف لا يثبت النسب
من اكثر من اثنين اذ القياس ينفي ثبوت النسب من اثنين لكنه ترك
لاثر عمر فما زاد يبقى على الاصل وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثه
اذ الثلثه معتاده في الحمل الواحد وقد جاء عن ابرهيم انه يثبت
النسب من ثلثه وما زاد فليس بمعتاد في الحمل ولابي حنيفه ان
ما زاد على الاثنين مساو للاثنين في الاستحقاق ولا فرق
بين ان يكون الانصبا متساويه في ذلك او متفاوته وعلى اصل
ابي يوسف ومحمد اذا ادعوا اكثر من ذلك لم يكن بعضهم اولى
من بعض ذكره في جوامع الفقه وغيره من الكتب قوله
واذا وطئ المولى جاريه مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ان صدقه

المكاتب ثبت نسبه منه وعن ابي يوسف ثبت من غير تصديق
منه كالاب ووجه الفرق على الظاهر ان المولى لا يملك تملك
جاريه مكاتبه لانه اجنبي عن كسبه والاب يملكه عند الحاجة
ولهذا لا يجب على الاب عقر ولا قيمة الولد وتصير الموطوءة ام ولد
وانما يجب عليه قيمتها والمولى يجب عليه عقرها وقيمه ولدها ولا تصير
ام ولد لانه لم يملكها بالاستيلاد لان ماله من حق الملك كاف
للاستيلاد وان كذبه لا يثبت نسبه لما ذكرنا انه قد حجر على
نفسه في اكساب مكاتبه لكن لو ملكه يوما من الدهر عتق عليه
وثبت نسبه لزوال المانع وفي التكملة لا يحل للمولى وطء مكاتبته
فان وطيها فعليه عقرها وفي الاسبيجابي فان علقت منه كانت
بالخيار ان شاءت عجزت فصارت ام ولد وان شاءت مضت على كتابتها
واخذت عقرها ولا يشترط تصديق المكاتبه لقيام ملكه فيها
وفي التنبيه لو وطيها يلزمه المهر وان احبلها تصير ام ولد فان
ادت الكتابه عتقت وتعتق بموت سيدها ايضا وفي المدونه
لو وطيها فهي على كتابتها فان حملت منه فلها ان تعجز نفسها وترجع
ام ولد وقال سعيد بن المسيب ان حملت بطلت كتابتها
وصارت ام ولد وهو قول الحكم وفي المغني وطء المكاتبه بغير
شرط حرام عند الجمهور كابن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث
والثوري والاوزاعي والشافعي مع اصحابنا وسل له وطيها في الوقت
الذي لا يشغلها عن السعي وان شرط وطيها فهو باطل عند المذكورين
وقال سعيد بن المسيب وابن حنبل له ذلك ولا حد عليه عند

عامة اهل العلم وعن الحسن والزهري يحد وان اولدها صارت
ام ولد ولو وطي جاريه مكاتبه فعليه عقرها لسيدها وولدها
منه حر وعليه قيمتها وتصير ام ولد وقد ذكرنا انها لا تصير ام ولد
عندنا ولا يجب قيمتها وبالوطي لا تنفسخ الكتابه وقال الليث
تنفسخ وتعود قنا والعقر يجب للمكاتبه بوطيها اكرهها على ذلك
او طاوعته وقال قتاده يجب ان اكرهها ولا يجب ان طاوعته
ونقله المزني عن الشافعي ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين
وقال مالك لا شيء عليه لانها ملكه قلنا هو عوض منفعتها
كعوض اطرافها فصار كوطي الاجنبي فان العقر فيه لها وفي المحيط
يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحريه وكذا تدبيرها لانه
يجتمع لها سببا الحريه وفي غيره لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي
جوامع الفقه لو استولد مدبرته بطل التدبير حتى تعتق من
جميع المال ولا تسعى في الدين ولو باع خدمة ام الولد منها جاز
وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعه عن ابي يوسف
وذكر ابن سماعه عن ابي يوسف ان بيع الخدمه باطل ولا تعتق بخلاف
بيع رقبتها منها حيث تعتق **فروع** ذكرها في الخزانه
استولد جاريه احد ابويه او امراته وقال ظننت انها تحل لي
لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان
ملك امه لا تصير ام ولد لعدم ثبوت نسبه وقد تقدمت المسله
ولو ولدت جاريه رجل منه وقال احلها لي والولد ولدي وصدقه
المولى في الاحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه فان ملكها يوما

ثبت نسبه وصارت ام ولد له ولو صدقه في الولد ثبت نسبه
وهو عبد لمولاه وفي المغني ومن اجاز بيع ام الولد اذا لم تبع حتى
مات ولا وارث له الا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث غيره
يحسب من نصيب ولدها وان كانت قيمتها اكثر من نصيبه عتق منها
قدر نصيبه وان لم يكن لها ولد وارث من سيدها ورثها بقيه ورثته
كسا ير رقيقه اشترى جاريه حاملا من غيره فوطيها قبل وضعها
لا يلحقه الولد ولكن يعتقه لانه شركه فيه اذا لمآ يزيد في الولد
كتاب ــــ الأيمان الايمان جمع يمين
ويجمع على ايمن ايضا وفي المغرب سمي الحلف والقسم يمينا لوجهين
احدهما ان اليمين هو القوه قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين اي
بالقوة والحالف يتقوى باليمين بالله تعالى على الحمل او المنع فسمي بها
والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم فيمسك كل واحد من المتعاقدين
بيمينه يمين صاحبه فسمي الحلف يمينا للزوم اليمين فيها وسمي
المحلوف عليه يمينا ايضا لتلبسه بها ومنه من حلف على يمين
الحديث وهي مؤنثه وايمن الله جمع يمين عند الكوفيين وهمزتها
قطعيه واختاره الزجاج وابن كيسان وابن درستويه وقالوا انما
خففت همزتها وطرحت في الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا ياتي
على افعل وقيل آنك واسنمة وانملة لغية وعند سيبويه ليست
جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز ان تخفف ويبقى على حرف واحد
كقولهم م الله قال ــــ ابو الحسن لا يستعمل ايمن الله الا بالرفع
دون النصب والجر ولا يستعمل الا في القسم وام ايمن حاضنة

رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا في الحديث وقال الجوهري
اعتقها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حاضنة اولاده وقد
تقدمت في باب الاستيلاد وفي الصحاح وربما حذفوا النون
من ايمن فقالوا ايم الله وايم الله ايضا بكسر الهمزة وربما حذفوا منه
اليا ايضا فقالوا ام الله وربما ابقوا الميم وحدها مضمومة
ومكسورة فقالوا م الله وم الله وربما قالوا من الله ومن الله
ومن الله بضمها وفتحها وكسرها قال ــــ الحطيئة

اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين

يريد بها القوة وفي الخلل اسماؤها ستة قسم ويمين وحلف
وعهد وميثاق وايلاء وحروفه ستة البا ام الباب يدخل
على الظاهر والمضمر كقولك بالله وبه والواو بدل من البا لا يدخل
على المضمر وليست بعوض عنها والتا بدل من الواو يدخل على
الله تعالى خاصة كقوله تعالى تالله تفتؤا تذكر يوسف والحق به
الاخفش ترب الكعبة وهو شاذ والفعل يحذف مع الواو والتا
وجوبا لا تقول اقسمت والله ولا اقسمت تالله وتقول اقسمت
بالله وهي البا الالصاقيه قال ــــ اقسم بالله ابو حفص عمر
وقال ــــ فاقسمت بالبيت الذي طاف حوله رجال بنوه من قريش وجرهم
واقسم بالله والآيه والمرء عما قال مسؤول واللام
لله لا يؤخر الاجل لله يبقى على الايام ذو حيد بمشمخر به الظيان والآس
اي لا يبقى قال ــــ الزندي يشترط في اللام والتا معنى التعجب
وربما جاءت التا في غير التعجب دون اللام ويقول لعمر الله بفتح العين

ويمن الله كما تقول ايمن الله وايم الله وم الله قال
مُنْ رَبِّي انك لا يثرم لاها الله ذا حذفت الواو وعوض عنها
حرف التنبيه ويتلقى القسم باللام وان كقولك والله ان زيدا
لمنطلق وبحرف النفي كقولك والله لا يقوم زيد قال الله تعالى
حكاية عن اخوة يوسف تالله تفتأ تذكر يوسف اى لا تفتأ
والمستقبل المثبت باللام والنون المشددة كقولك والله
ليقومن زيد وقد جا حذف اللام تارة وحذف النون اخرى
وحذفهما معا لا يوجد في كلام العرب في المثبت ولا نقل عن احد
من النحويين في علمي وقد ذكر محمد رحمه الله في اخر ايمان الجامع مسئلة
فيها حذفهما في الاثبات وهي والله لا ادخل هذه الدار ابدا او
ادخل هذه الاخرى اليوم فمضى اليوم قبل ان يدخل واحده منهما
حنث في يمينه قال لانه نص على الابد وانه ينافي الغاية فصير
مخيرا نفسه بين ان لا يدخل الاولى ابدا وبين ان يدخل الثانية اليوم
فاذا لم يدخل حنث فذكره في الاثبات باسقاط اللام والنون
ويجاب القسم باربعة احرف في النفي ما ولا وفي الايجاب
اللام وان ومثبت الفعل باللام والنون المشدده كما تقدم وفي
الحلل لا بد من معرفة القسم والمُقسِم والمقسَم به والمقسَم عليه
وذلك اربعة اشيا فالقسم مصدر والمُقسِم هو الحالف والمقسم به
اسم الله وصفاته وما محله التعظيم والمقسَم عليه الفعل الذي
قصد الحالف اثباته او نفيه واما الخامس وهو المقسم له
وهو الذي حلف لاجله فقد يكون وقد لا يكون فلهذا لم يذكره

قال ابو القسم الزجاجي ومن نادر القسم جير لاقومن
قال الزندي تفسيره حقا لاقومن وقاله ابن خروف وقال
ابو الحسن هو حرف بمعنى نعم قلت وهو المذكور في
كتب النحو ومن نادر القسم عوض ذكره في الحلل وانشدوا
رَضِيعَيْ لِبانِ ثَدْيِ أُمٍّ تقاسما باسحمَ داجٍ عَوضَ لا نتفرقُ
وهو ظرف للمستقبل المنفي قوله قال الايمان
على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو وفي
المبسوط اليمين نوعان نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به
تعظيم المقسم به ويسمونه قسما لا يخصونه بالله وفي الشرع
مخصوص بالله لقوله عليه السلام لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا
الا وانتم صادقون رواه النساي من حديث ابي هريرة وقال
عليه السلام لا تحلفوا بابائكم رواه مسلم والنساي واحمد وعن
عمر بن الخطاب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادركه وهو في
ركب وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم
فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليسكت اخرجه البخاري ومسلم
وابو داود والنساي وابن ماجه ويروى او ليصمت رواه مسلم
وفي النساي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بابائكم
ولا بامهاتكم ولا بالانداد ولا تحلفوا بالله الا وانتم صادقون ولان
الله تعالى هو المستحق للتعظيم لذاته والنوع الثاني الشرط
والجزا الصالحان وصلاحية الشرط ان يكون معدوما على خطر
الوجود وصلاحية الجزا ان يكون غالب الوجود عند وجود الشرط

ليتحقق الحمل او المنع وكذا اذا كان متحقق الوجود عند وجود الشرط
كالتعليق بالملك وبسبب الملك وقد ذكرنا ذلك مستوفى في الايمان
بالطلاق وهو يمين عند الفقهاء لما فيه من معنى اليمين وهو المنع
والايجاب واهل اللغة لا يعرفون ذلك قلت اذا ذكر
في جزا الشرط طلاق سموه يمين الطلاق وان ذكر فيه عتق سموه يمين
العتق ولا ينكره اهل اللغة اذا ذكر مقيدا وانما انكارهم عند اطلاق
اليمين قال السرخسي قول محمد الايمان ثلث بيان للنوع الاول
قال وهو مروي عن رجلين ابي مالك وكعب بن مالك ولم يرد بذلك
عدد الايمان فانها لا تحصر ولا تحصى واراد انها تنقسم في احكامها
ثلثة اقسام كما ذكر صاحب الكتاب فالغموس هي الحلف على امر
ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها وهي كبيرة
قال لقوله عليه السلام من حلف بالله كاذبا ادخله النار
ويروى اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع جمع بلقع وهو الخراب
ويتحقق في الحال ايضا ذكره في المبسوط وكذا مع الشك ذكره ابن
رشد في المقدمات واليمين الغموس اولى لان الغموس صفة اليمين
والموصوف لا يضاف الى صفته ومثله في المنظومه ولو نوى
النفل نقل عن صدر الاجل وغيره فقالوا عن الصدر الاجل بحذف
الفاء ويمكن ان يقدر ويمين الاثم الغموس كانها تغمس صاحبها في
الاثم فعول بمعنى فاعل كصبور بمعنى صابر من ضرب ويستوي فيه
المذكر والمؤنث ويتحقق مع الشك ايضا ذكره في المغني ولا كفارة
فيها الا التوبة والاستغفار عند الائمة الثلثة واصحابهم

وهو قول اكثر اهل العلم منهم ابن مسعود رضي الله عنه وابن عباس
وسعيد بن المسيب وابي سعيد الحسن بن ابي الحسن البصري
والاوزاعي والثوري والليث وابي عبيد وابي ثور واصحاب الحديث
وداود الظاهري وفي الاشراف وهو قول مالك ومن تبعه من
اهل المدينه والاوزاعي ومن وافقه من اهل الشام والليث واهل
مصر وقول الثوري واهل العراق وابن حنبل واسحق ابن راهويه
وابي ثور واصحاب الحديث وقال الشافعي يجب فيها
الكفارة قال ابو بكر بن المنذر لا نعلم خبرا يدل على هذا القول
والكتاب والسنة دالة على القول الاول قلت والقول
الثاني قول عطا والزهري وعثمان بن سليمان البتي واختار ابن حزم
وخالف الظاهرية في المحلى في شرح المجلى الجمهور اهل
العلم ادلة الدليل الاول قوله عليه السلام من الكباير الاشراك
بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري
وجه التمسك به من وجهين احدهما انه لو كان فيه كفارة
لذكرها والوجه الثاني الاعتبار باخواته من الشرك وقتل
النفس وعقوق الوالدين والدليل الثاني روي عنه عليه السلام
خمس من الكباير لا كفارة فيها وذكر منها الحلف على يمين فاجرة يقتطع
بها مال امرئ مسلم وفي رواية ابن شاهين يقتطع بها مالا بغير
حق مع ان النافي لا يحتاج الى دليل لان براة الذمة اصل ورواه
ابو الفرج عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام في التحقيق وفي

حديث الحضرمي قال عليه السلام اما لئن حلف على ماله لياكله ظالما
ليلقين الله وهو عنه معرض اخرجه مسلم وابو داود والترمذي
والنسائي والدليل الثالث عن عبد الله بن مسعود وعبد الله
ابن عباس رضي الله عنهم قالا كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي
لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية اجماعهم ذكره سبط
ابن الجوزي وابن حزم عن ابن مسعود ذكره في المحلى وكذا ابن
المنذر والدليل الرابع عن عمران بن حصين قال النبي عليه السلام
من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوا بوجهه مقعده من
النار قال الخطابي المصبورة اللازمة من جهة الحكم فصبر
لها اي حبس والصبر الحبس هكذا في معالم السنن ورواه ابو داود
ولو اوجبت كفارة لم يكن ذلك جزاها والدليل الخامس عن
ابن عباس ان رجلين اختصما الى النبي عليه السلام فسال الطالب
البينة فلم يكن له بينة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي
لا اله الا هو فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بلى قد حلفت
ولكن قد غفر لك باخلاص قول لا اله الا هو اخرجه النسائي وابو داود
وقال يراد من هذا الحديث انه لم يامره بالكفارة ولا كفارة فيها
لانه عليه السلام جعل كفارتها باخلاص قول لا اله الا هو كما هو مذهبنا
وعند الشافعي لا تسقط الكفارة بذلك والدليل السادس قوله
سبحانه وتعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما
عقدتم الايمان رتب الكفارة على اليمين المنعقدة والغموس غير منعقدة
لاستحالة البر فيها وانما تعقد للبر وهنا قارنها ما ينافيها وهو

الحنث فلم تنعقد كالنكاح الذي قارنه المحرمية والرضاع فان قيل
الاية حجة لنا لان الله قسم الايمان قسمين لغوا ومنعقدة والغموس
ليست لغوا فيجب ان تكون منعقدة قلنا الاية خرجت على
الغالب في المسلمين وهو اللغو والمنعقدة فاما الغموس فانها كبيرة
لا يحلفها الا من لا دين له فلم تكن مشروعة والدليل السابع ان
الله سبحانه امر بحفظ الايمان بعدما شرع الكفارة فيها بقوله
واحفظوا ايمانكم والامر بالحفظ انما يتاتى في المستقبل الذي
يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فدل على انها خارجة
عن الاية والدليل الثامن الجمع بين الحل والعقد محال اذ
الحل يكون بعد العقد فلو كانت اليمين الغموس منعقدة لاجتمعا
وهو محال كما ذكرنا وهو عن اهل خراسان والدليل التاسع
قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا
فذكر الله سبحانه اليمين الكاذبة وعظم فيها الخطب ولم يذكر
فيها الكفارة وهي اعظم من ان يكون صوم ثلثة ايام كفارة لها
قال ابن المنذر في الاشراف وهو اعظم من ان يكفره ما يكفر اليمين
المنعقدة فانها مباحة وهكذا روى هذا المعنى عن ابي حنيفة ومالك
ومحمد بن الحسن فكان شرعها بالراي باطلا ولا يجوز ان يقال المراد
بالاية الكفار لانها نزلت في مسلمين وهما الاشعث بن قيس وابن عمه
في الصحيحين والدليل العاشر انه اللعان ولم يجب فيها كفارة
وكان ينبغي ان يجب على الكاذب منهما اربع كفارات وكان هذا موضع
بيان لو كان للوجوب فيها اثر لانه عليه السلام اخبر ان احدهما

كاذب وقال هل فيكما من تايب فبين ان الواجب على الكاذب في يمينه
التوبه لا غير والدليل الحادي عشر ان اليمين في المستقبل التزام
معنى وتوكيد عزم على الفعل او الترك وليس في الماضي معنى يقصد
ولا عزم يؤكد بل هو مكر وخديعه ودخل وخبر لا مخبر له وقصد
البر في المستقبل صحيح وقصد الصدق في الكذب الماضي لا يتصور
وهذا بين لمن تامله ٥ اخر الجز السابع والحمد لله وحده

[illegible] / ٤٢٥

Süleymaniye Kütüphanesi
Kısmı Kadızade Mehmet
Yeni Kayıt No
Eski Kayıt No 199